مشروع

تقنين الشريعة الإسلامية

على مذهب

الإمام محمد بن إدريس الشافعي رضي الله عنه

إعداد

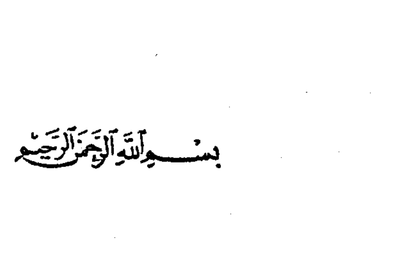
اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م


بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة

الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية

بقـلم

فضيلة الدكتور محمد عبد الرحمن بيصار

الأمين العام للمجمع

يسر الأمانة العامة لمجمع البحوث الاسـلامية أن تقـدم هذه الطبعة التمهيدية من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام محمد بن ادريس الشافعي – رضى الله عنه – .

ومجمع البحوث الاسلامية اذ يقدم هـذه الطبعة كخطوة على الطريق فى سبيل الوصول الى ابراز الشريعة الاسلامية فى صورتها الأصيلة ، سهلة التناول ، صالحة للتطبيق فى هـذا العصر ، يجد فيها المسئولون عن التشريع والقضاء فى البلاد الاسلامية المختلفة غنية عن اللجوء الى التشريعـات والقوانين الوضعية ، وهم بصـدد ارسـاء دعائم مجتمعهم ، على أسس من الحق والأصـالة والعقيـدة الصحيحة ...

يود أن يعرب عن تقديره لما تنطوى عليه هذه المهمة من دقة وجلال ، سواء من الناحية العلمية البحتة ، أو من الجانب الاجتماعى والتاريخى الذى تمر به الشعوب الاسلامية فى هذا العصر ...

لذلك فانه اذ يقدم هذه الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيرى ، يؤكد أن الذين قاموا باعدادهـا هم نخبـة من كبار علمـاء الشريعة

الاسلامية بالأزهر ، وكبار رجال القانون ، ذوى الحرص الشديد على أن تأخذ الشريعة الاسلامية مكانتها الجديرة بها فى حياتنا التشريعية والقانونية ،وأنهم قد بذلوا من الجهد -ومايزالون يبذلون- الكثير المحمود ، من أجل الخروج بهذا المشروع الى حياتنا العامة ، ليكون دليلا عمليا على صلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان ، ووثيقة يستعين بها المشرعون والمسئولون فى البلاد الاسلامية على تنفيذ ما جاء فى دساتيرهم من أن تكون الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للقانون .

كما يؤكد أن البحث مايزال جاريا للوصول بهذا المشروع الى درجة الكمال أو مايقرب منه ، ولذا فان المجمع يتقبل بكل ترحيب مايبديه المتخصصون من اسهام بالرأى ، على أية صورة من صور هذا الاسهام ، وأن ذلك كله سوف يكون موضع الدرس المستفيض والبحث الدقيق ، والعناية الكاملة من أعضاء اللجنة العامة لتقنين الشريعة الاسلامية ، التى تقرر تأليفها من بين أعضاء مجمع البحوث الاسلامية ، ومن ينضم اليهم ، ممن ترى الاستعانة بخبرتهم .

ولقد كان مما يثير العجب ، ويدعو للدهشة ، ويحز فى نفس كل مسلم غيور ، أن تلجأ الأمة الاسلامية ، وتستعين فى أحكامها بقانون وضعى من وضع البشر ، ولو أن واضعه كان ينتمى الى أمتنا الاسلامية لهان الأمر ، لأنه لا محالة كان يلجأ الى دستورها الاسلامى ليستنبط منه مواد ذلك القانون ، ولكن الحقيقة أن واضعه لا ينتمى للأمة الاسلامية ، ولا يدين بدينها .

وقد يظن البعض أو يعتقد أن الشريعة الاسلامية لا تفى بحاجيات العصر الذى ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة فى العصر الاسلامى الأول . والواقع أن هؤلاء فى ظنهم مخطئون وعن

تاريخ أمتهم الاسلامية غافلون ، فلو تتبعوا تاريخ هـذه الأمة على مر العصور والأزمان من عصر الاسلام الأول الى أن تغلغل الاسـلام فى بلاد الفرس والروم ، وبعض بلاد أوربا لتبين لهم كيف كانت

تحكم هذه البلاد بهذا الدين الاسلامى الحنيف ٠

لقد خاضت الشريعة الاسلامية ميدان التجربة بنجاح مئات السنين فى ظروف متفاوتة متباينة وتجارب شديدة وخرجت ظافرة بعد أن تفوقت فى مختلف الأجواء والعصور والتقلبات ٠ فمن المؤكد الذى لا مراء فيه أن نظام الاسلام قد عالج بنجاح تام مصالح الدولة الاسلامية فى أوج توسعاتها مئات السنين ، وأقامت الشريعة صرح نظـام ومؤسسات تجـارية وبحرية ومصرفية ، ومصـالح ثقافية وعمرانيـة واجتماعية متينة البنيان ولا يكون ذلك بطبيعة الحـال ـ الا لمتانة اصولها وأحكام أسسها ، فان الشريعة الاسـلامية التى ظهرت فى مجتمع بدائى منحصر فى صحراء الجزيرة ، قد واجهت بكل كفاية وثبات احتياجات سكان الامبراطوريتين الفارسية والرومانية الشرقية ، وأثبتت علوها وتفوقها على نظمهم القديمة ، عندما زادت بها المعاملات رقيا والحضارة تقدما وازدهارا ثم ان هذه الشريعة حكمت التجارة البحرية المزدهرة بين الشرق وجمهوريات ايطاليا عبر البحار ، ووضعت أسس القانونين التجارى والبحرى الحديث ، واستوفت احتياجات الحضارة الزراعية ، والصناعية، والتجارية ، فى بلاد الاسلام المختلفة ٠ ولا نجد فى أنواع المعاملات الحديثة والاحتياجات المعاصرة ما يمكن أن يند عن اصول الشرع ، الا أن يكون مستهجنا فى ذاته غير موافق للمثل الفـاضلة وغير مرغوب فى اقراره ، فعند ذلك يجدر علاجه بدواء الشرع وتخليص المجتمع من شره ووباله ٠

ونظرة سريعـة الى الأسس التى تقوم عليهـا النظم التشريعية الأخرى ، نجد أنها لا تدعو الى القدر الكافى لتدعيم الثقة بها ٠ فمثلا

النظم الرأسمالية تقوم على أساس من النظريات الفردية ، التى جعلت أساس الحياة هو المنفعة الفردية وسعى كل انسان الى بلوغ منفعته، وفى ظل هذه النظريات انقطعت صلة التعامل بالضمير، وصار الاستغلال مشروعا للقوى مكفولا له وأدى ذلك الى تحكم رأس المال فى الضعفاء • أما النظم الجماعية المتطرفة ـ فقد أدت الى تسخير الفرد لصالح الجماعة تسخيرا تاما وأسقطت من حسبانها الكفاية والكيان الفردى ، والنوازع الشخصية ، وجعلت الانسان ترسا فى آلة كبيرة يفنى فيها ، وأدى ذلك الى تبديد الثقة والطمأنينة كلية من جو التعامل وصبغه بصبغة القلق والخوف وعدم الاستقرار •

لهذا لم يكن بدعا أن يوافق مجلس المجمع فى جلسته رقم ٢٧ فى ١٩٦٧/٣/٨ على أن من مهمة المجمع العمل على ايجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنائية وغيرها اذا ماتقرر فى الدستور اتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا للتقنين •

ثم أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد فى ١٩٦٨/٩/٢٧ بما يأتى •

« يوصى المؤتمر مجمع البحوث الاسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التى تيسر على المسئولين فى البلاد الاسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجارى ، والقانون البحرى وغيرها » •

كما وافق مجلس المجمع بجلسته رقم ٦٢ فى ١٩٧٠/١/٧ على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومن بينها « تقنين الشريعة الاسلامية » الوارد فى خطة لجنة البحوث الفقهية كما اقترحتها بجلستها رقم ٢٠ بتاريخ ١١ اكتوبر ١٩٦٩ •

وقد عقدت لجنة البحوث الفقهية عدة اجتماعات وضعت فيها خطة العمل فى مشروع التقنين •

وقد استقر الرأى على السير فى هذا المشروع على النحو التالى:

١ ـ تقنين المذاهب الفقهية التى يعمل بها فى البلاد الاسلامية ويبدأ فى المرحلةالحالية بتقنينالمذاهب الأربعة : الحنفية ـ الشافعية ـ المالكية ـ الحنابلة • ويقنن كل مذهب على حدة وتصاغ أحكامه فى مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأى الراجح فيه وعلى أن تلحق كل مادة بمذكرة تفسيرية تذكر فيها الآراء الأخرى ، كما يذكر فيها الرأى الذى يرى أنه الأنسب للتطبيق فى العصر الحاضر •

٢ ـ بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة ، يبدأ العملفى وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعا ، وبذلك يمكن للمجمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الاسلامية التى ترتبط بمذهب معين قانونا اسلاميا بصور ذلك المذهب فى امانة كما يمكنه ان يقدم قانونا اسلامية مختارا من بين المذاهب المعمول بها يفى باحتياجات البيئات التى تطلبه •

وجهات النظر حول منهج السير فى تقنين الشريعة الاسلامية :

• تستخلص وجهات النظر التى تدور حول هذا الموضوع وأسانيد كل منها والاعتراضات التى وجهتا اليها ، ومن محاضر ومناقشات اللجان الأساسية والفرعية على الوجه التالى :

١ ـ وجهة نظر ترى ان يكتفى بمراجعة القانون الوضعى لاقرار مالا يكون مختلفا مع الشريعة الاسلامية ، وتعديل مايكون مخالفا ، واضافة مالا يكون مدرجا بهذا القانون وله حكم فى الشريعة•

• وتستند وجهة النظر هذه الى مايأتى :

(أ) أن هذا النهج يحقق السرعة المطلوبة •

(ب) أن كثيراً من القوانين الوضعية مقتبس من الشريعة الاسلامية وتنحصر أوجه الخلاف فى مواضع محددة ٠

وتعارض وجهة النظر هذه بما يأتى :

(أ) ان مصطلحات القانون الوضعى تختلف فى معانيها عن مصطلحات الشريعة الاسلامية وان اتفقت معها فى ألفاظها فى بعض الأحيان ٠

(ب) ان القانون الوضعى ـ كأى قانون آخر ـ صادر عن عرف خاص ، وبيئة خاصة ، وفلسفة خاصة ، تختلف كثيرا أو قليلا عن الروح الاسلامية ـ ومن ثم فان اقرار ما يبدو منه فى ظاهره متفقا مع الشريعة الاسلامية يجر حتما اقرارا للروح الغربية التى صدر عنها القانون الوضعى ٠

والى ذلك كانت اشارة فضيلة الشيخ يس سويلم فى جلسة لجنة البحوث الفقهية التاسعة عشرة بقوله « نريد تقديم قانون روحه وجسمه اسلامى » ٠

مثال ذلك أن مراجعة بعض مواد القانون الجنائى قد تسفر ـ حسب هذا المنهج عن اتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ التعزير فى الاسلام من سعة ومرونة ـ لكنه اذا نظر الى أن هذا القانون الوضعى يعبر عن قيم أخلاقية معينة سادت فى المجتمع الغربى فى عصر من العصور وأن مبدأ التعزير فى الاسلام ينبغى أن يكون مرتبطا بالقيم الاخلاقية الخاصة بالمجتمع الاسلامى ونظرة الاسلام الى الثواب والعقاب فانه يصبح من الواجب تجنب القانون الجنائى الوضعى ، والاتجاه الى صياغته من واقع الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى، على هدى قيم الاسلام ومثله العليا ٠٠٠

(ج) ان هذا الاتجاه يختلف مع ما قرره مؤتمر المجمع ومجلسه

ولجنة البحوث الفقهية حيث تقرر « تقنين الشريعة الاسلامية » لامراجعة القانون الوضعى •

٢ ـ وجهة نظر ترى : أن تقنن الشريعة الاسلامية أساسا على أن ترتب ـ من مبدأ الأمر ـ وفقا لترتيب القانون الوضعى وأبوابه •

وتستند وجهة النظر هذه الى أن هذا الاتجاه هو الذى يحقق سهولة تطبيق الشريعة فى العصر الحديث ، وسرعة انجاز المطلوب •

وتعارض وجهة النظر هذه بما عورضت به وجهة النظر الأولى من اختلاف المصطلحات بين الجانبين ومن صدور كل منهما عن فلسفة خاصة •

مثال ذلك : أن القانون الوضعى وقد جمع أنواع العقود المختلفة تحت باب واحد كان متأثرا بنظريته فى العقد واطلاق ارادة المتعاقدين بينما الشريعة الاسلامية لا تذهب هذا المذهب •

على أن الذين يسوقون هذه المعارضة لا يستبعدون امكان التقريب بين الترتيب الذى يؤخذ به هنا والترتيب الذى يؤخذ به هناك وذلك فى مرحلة ثانية من مراحل العمل ، بعد أن تصاغ المواد من الشريعة الاسلامية مباشرة فتتوفر لها الروح الاسلامية الخالصة •

٣ ـ وجهة نظر ترى أن تقنن الشريعة الاسلامية من مبدأ الأمر فى قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الاسلامية •

وتعارضها وجهة نظر أخرى ترى : أن تقنن أولا المذاهب الفقهية الاسلامية المختلفة،كل منها على حدة،ثم ينظر ـ ثانيا ـ فى وضع القانون الموحد المختار •

وتستند وجهة النظر الأولى الى :

(أ) أن ذلك يحقق السرعة المطلوبة •

(ب) انه يحقق الوحدة الاسلامية المرجوة ويبتعد بالمسلمين عن اثارة الخلافات المذهبية •

(ج) أن المذاهب الفقهية الاسلامية تكاد تكون مقننة فى متونها القديمة ولا يحتاج اظهارها فى صورة مواد قانونية الا الى فصل عباراتها بعضها عن بعض ، ووضع أرقام لكل منها على انها مادة مستقلة •

وتستند وجهة النظر الثانية الى :

(أ) أن السرعة يمكن تعويضها بمزيد من الجهد وموالاة العمل •

(ب) أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله ، كما لا يمكن تجاوزه والوحدة الاسلامية لا تتأثر بوجود هذه المذاهب المستندة الى الكتاب والسنة بمقدار ماتتأثر بالتعصب الأعمى لبعضها •

(ج) ان وضع القانون الموحد المختار لابد أن يسبق ـ عمليا ـ بتحضير مواده من المذاهب المختلفة ، ليجرى بعد ذلك الترجيح بينها والاختيار منها ومن هنا كان من اللازم تحضير هذه المواد من المذاهب أولا : فكانت الدعوة الى اغفال تقنين المذاهب دعوة الى اهدار جهد يتم بالضرورة وكانت الدعوة الى تقنينها قبل البدء فى وضع القانون الموحد المختار دعوة الى الاحتفاظ بهذا الجهد وتنظيمه ، وتقديمه للبلاد التى تطلبه أو تقديمه للعاملين فى وضع القانون الموحد المختار كمادة للبحث •

(د) أن عبارات المتون بعيدة الى حد كبير عن الوفاء بأغراض التقنين ولا يصح القول انها تتحول الى مواد قانونية لمجرد فصلها وترقيمها وذلك للأسباب الآتية :

١ ـ أن عبارات المتون غامضة أو مختصرة الى حد ، صارت به سببا فى اختلاف الشراح وأصحاب الحواشي فلا تصلح أن تكون مادة قانونية قبل توضيحها ، وتجلية غموضها .

٢ ـ أن المتون قد تجمع بين الآراء الراجح منها وغير الراجح والتقنين يأخذ بما يتبين رجحانه .

٣ ـ أن المتون قد تجرى على أقوال رجح الشارح خلافها والتقنين يأخذ بقول الشارح فى بعض الأحيان بل قد يأخذ بما جاء فى الحواشي والتقارير .

٤ ـ ان أحكام المتون غالبها جزئي والتقنين جعلها قواعد كلية يمكن تطبيقها على كثير من الجزئيات .

٥ ـ أن المتون تشتمل على أحكام تعبدية لا تعرض عادة على التقاضي فلا يصح ذكرها فى مواد القانون .

٦ ـ أن المتون كغيرها من أساليب الكلام الانسانى ، تخضع لحكم البيئة والزمن،فمن ثم كان النظر اليها على انها وصلت الى حد الكمال وصارت تستحق الخلود لايتفق مع طبيعتها وكان لابد من أسلوب صياغة جديد لكل زمن جديد : تراعى فيه احتياجاته من حيث الايجاز والاطناب والاجمال والتفصيل والشرح والتمثيل والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من أساليب الكلام وأبوابه .

٧ ـ عملية التقنين لاتقتصر على صياغة المواد وانما تتعداها الى وضع ماتقتضيه من شرح أو مذكرة تفسيرية .

وأخيرا : فلقد سار العمل فى لجان التقنين وفقا لوجهة النظر التى ذهبت الى تقنين المذاهب الفقهية كل على حدة بعيدا عن التأثر بروح القانون الوضعى ونظرياته كمرحلة أولى تتلوها مراحل التقريب والاختيار .

والمجمع فى المرحلة الراهنة بصدد استكمال خطوات هـذا المشروع ، ووضع القانون الموحد من بين أحـكام المـذاهب ، وقد ألفت اللجنة المسئولة عن ذلك وباشرت مهمتها ، ونرجو أن تفرغ منه فى وقت يناسب أهمية هذا العمل ، كما يناسب الحاجة الملحة الى اصداره فى أقرب فرصة .

والله الموفق ؟

محمد عبد الرحمن بيصار

مشروع تقنين أحكام المعاملات

على مذهب الإمام محمد بن إدريس الشافعي رضي الله عنه

الخبراء والباحثون الذين اشتركوا في مشروع التقنين

١ ـ فضيلة الأستاذ الشيخ محمود عبد الدايم

٢ ـ فضيلة الأستاذ الشيخ محمود عبد الغفار سليمان

٣ ـ السيد الأستاذ المستشار محمد قطب أبو العينين

٤ ـ السيد الأستاذ محمد عطية خميس

٥ ـ فضيلة الأستاذ الشيخ محمد محرز سلامة

٦ ـ فضيلة الأستاذ الشيخ السيد السيد رجب

بسم الله الرحمن الرحيم

الإمام الشافعي

رضي الله عنه

حياته :

الإمام الشافعي رضي الله عنه ثالث الأئمة الأربعة وهو « ناصر الحديث » ومجدد القرن الثاني من الهجرة(١) .

هو : محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب ابن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف وكنيته « أبو عبد الله » . فهو عربي قرشي هاشمي مطلبي يلتقي مع النبي

---

(١) قال الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه : يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن الله عز وجل يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها أمر دينها ، فكان عمر بن عبد العزيز على رأس المائة وأرجو أن يكون الشافعي على رأس المائة الأخرى . ويكاد الإجماع ينعقد على أن الشافعي هو مجدد المائة الثانية وشهد بذلك الإمام الغزالي والقاضي أحمد بن سريج القاضي وجلال الدين السيوطي .

صلى الله عليه وسلم فى عبد مناف . أى أن عبد مناف هو الجد الرابع للنبي صلى الله عليه وسلم والجد التاسع للإمام الشافعى ، ولذلك يقال عن الشافعى أنه « ابن عم الرسول صلى الله عليه وسلم » .

أما أمه فهى امرأة من الأزد[1] . والأزد هم الذين قال فيهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الأزد أسد الله فى الأرض ، يريد الناس أن يضعوهم ، ويأبى الله إلا أن يرفعهم ، وليأتين على الناس زمان يقول الرجل : يا ليتنى كنت أزديا ، ويا ليت أمى كانت أزدية[2] » .

مولده :

ولد الشافعى رضى الله عنه فى غزة بأرض فلسطين سنة مائة وخمسين هجرية ، وهى السنة التى توفى فيها الإمام أبو حنيفة رضى الله عنه ، وقيل ولد فى اليوم الذى مات فيه أبو حنيفة .

وهناك قول أنه ولد بعسقلان وهى على بعد ثلاثة فراسخ من

---

(١) هناك رواية غير صحيحة أنها فاطمة بنت عبد الله بن الحسين ابن على بن أبى طالب كرم الله وجهه .

(٢) رواه النووى عند حديثه عن أم الشافعى .

غزة ، وقول ثالث أنه ولد باليمن[1] . وهناك من يجمع بين هذه الروايات فيقول أنه ولد فى غزة ، وانتقل إلى عسقلان إلى أن ترعرع وعسقلان كلها من قبائل اليمن وبطونها .

نشأته :

ويبين من هذا السياق أن الشافعى كان قرشياً ، نشأ من أسرة فقيرة كانت مقيمة بالأحياء اليمنية فى فلسطين .

وبعد سنتين من ميلاده مات أبوه فى فلسطين فحملته أمه إلى مكة المكرمة موطن آبائه وأجداده ، خشية أن يضيع نسبه الشريف ، وفى قول للشافعى نفسه أنه وصل إلى مكة وهو ابن عشر ويمكن الجمع بين الروايتين بأن أمه كانت تتردد به بين فلسطين ومكة ، وانتقلت به أولا وهو ابن سنتين لتعرف أهله به ، وتنسبه إليهم ، ثم انتقلت مرة ثانية وهو ابن عشر ليقيم بين ذويه .

ونشأ الشافعى يتيما فى حجر أمه فى قلة من العيش وضيق حال . ومما روى عن فقره أنه احتاج وهو يطلب العلم إلى جمع قطع الخزف وقطع الجلود وسعف النخيل وعظام الجمال ليكتب عليها ،

---

(١) الروايات الثلاث رويت على لسان الشافعى « يراجع كتاب الشافعى للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٤ طبعة ١٩٤٨ » .

وكان يذهب إلى الدواوين ويستوهب أهلها الظهور ليكتب عليها[1].

حفظه القرآن والحديث :

ويستخلص من مجموع الروايات التي تبين تربيته الأولى وما ظهر منه من ذكاء وألمعية أنه حفظ القرآن الكريم وهو ابن سبع سنين وبدأ ذكاؤه الشديد في سرعة حفظه له . ثم اتجه إلى حفظ أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يستمع إلى المحدثين فيحفظ الحديث بالسمع ثم يكتبه على الخزف أحياناً وعلى الجلود أخرى .

خروجه إلى قبيلة هذيل :

ثم خرج إلى قبيلة هذيل بالبادية وكانوا من أفصح العرب ، فتعلم من كلامهم وحفظ الكثير من أشعارهم وأخبارهم ، ثم عاد إلى مكة وقد أفاد فصاحة وأدبا وأجاد اللغة والشعر وفنون الأدب ولقد بلغ من حفظه لأشعار الهذيليين وأخبارهم أن الأصمعي قال :

— صححت أشعار هذيل على فتى من قريش يقال له محمد ابن ادريس .

---

(١) جاء ذلك في روايات عديدة على لسان الشافعي نقلها الفخر الرازي في مناقب الشافعي ومعظم الأدباء عن الآبري وغيرها . والمراد بالظهور الأوراق التي كتب في باطنها وترك ظهرها أبيض .

ويظهر أن مقامه فى البادية أمداً طويلا وهو نحو عشر سنين[1] جعله يستفيد منهم كثيراً من عاداتهم الحسنة ، فقد تعلم الرماية وأغرم بها وأجادها حتى كان يرمى من السهام عشرا فتصيب كلها ، فقد جاء على لسانه قوله :

— وكانت همتى فى شيئين : فى الرمى والعلم . فصرت فى الرمى بحيث أصيب من عشرة عشرة .

ثم سكت عن العلم فقال له بعض الحاضرين :

— أنت والله فى العلم أكثر منك فى الرمى .

طلبه الفقه :

ولما رجع الشافعى إلى مكة اتجه إلى طلب الفقه على من كان فيها من الفقهاء والمحدثين . ومن مشهورى العلماء الذين تلقى عنهم سفيان بن عيينة محدث مكة ، ومسلم بن خالد الزنجى فقيهها . وكان موضع إعجاب شيوخه من فرط ذكائه وقوة حفظه وشدة فهمه حتى لقد أذن له مسلم بن خالد الزنجى بالفتيا . فقال له .

— أنت يا أبا عبد الله ، فقد والله آن لك أن تفتى[2] .

(١) كما ذكر ابن كثير فى بعض الروايات .

(٢) أى الاجتهاد كذا فسر الإفتاء الباجورى فى حاشيته على ابن قاسم الغزى .

ويقال إن الشافعى كان إذ ذاك ابن خمس عشرة سنة ، ولم يقنع رضى الله عنه بما وصل إليه من منزلة الافتاء ولكنه واصل طلب العلم . فقد وصل إليه خبر إمام المدينة مالك رضى الله عنه الذى ملأ اسمه الآفاق فسمت همته إلى الهجرة إلى المدينة ولكنه لم يرد أن يذهب خالى الوفاض ، فاستعد للقاء مالك بأن استعار « الموطأ » من رجل بمكة وقرأه ، والروايات تقول أنه حفظه ، وقيل إنه حفظ الموطأ فى تسع ليال[1] . وأخذ كتاب توصية للإمام من والى مكة ثم شد الرحال إلى المدينة المنورة والتقى بإمام دار الهجرة .

ولما رآه مالك وكانت له فراسة المؤمن قال له فى أول لقاء له :

— يا محمد ! إتق الله واجتنب المعاصى فإنه سيكون لك شأن من الشأن . إن الله تعالى قد ألقى على قلبك نوراً فلا تطفئه بالمعصية .

ولازم الشافعى إمام دار الهجرة وأخذ يقرأ عليه ، ومالك يستزيده فى القراءة ، فقد أعجبه حسن قراءته وإعرابه . وبعد أن روى الشافعى عن مالك موطأه لزمه يتفقه عليه ويدارسه حتى تلقى فقه مالك وعلمه .

ولما قارب العشرين من عمره رحل رضى الله عنه إلى العراق

---

(١) ديباج المذهب لبرهان الدين بن فرحان .

ولقى أصحاب الإمام أبى حنيفة وخاصة محمد بن الحسن الشيبانى واطلع على كتب فقهاء العراق .

ثم رحل إلى بلاد فارس وشمال العراق وكثير من البلاد . وعاد بعد ذلك إلى المدينة بعد أن قضى سنتين فى هذه الرحلة من سنة ١٧٢ إلى سنة ١٧٤ هـ . وقد زادته هذه الرحلات علماً ومعرفة بشئون الحياة وطباع الناس .

وفى المدينة لازم الإمام مالك مرة أخرى ولكنه فى هذه المرة لازمه ملازمة الفقيه الذى زادت حصيلته وعلمه . . ثم عاد الشافعى إلى مكة المكرمة .

ولايته ومحنته :

وفى سنة ١٧٩ هـ مات الإمام الجليل مالك بن أنس رضى الله عنه ، وأحس الشافعى أنه قد نال من العلم قدراً لا بأس به ، وكان إلى ذلك الوقت فقيراً ، فأراد أن يعمل ليكتسب من عمله مايدفع حاجته ، وتصادف أن جاء إلى الحجاز والى اليمن الإمام يحيى بن حسان فحادثه بعض القرشيين فى أن يولى الشافعى على عمل فى اليمن . فقبل الوالى وولاه عملا بنجران ، فأقام العدل ونشر لواءه ، وكان الناس فى نجران كما هم فى كل عصر وبلد يصانعون الولاة والقضاة ويتملقونهم ليجدوا بذلك سبيلا إلى نفوسهم. وأرادوا أن يصنعوا

هذا مع الشافعى ، ولكنهم لم يجدوا سبيلا إلى الإستيلاء على نفسه بالمصانعة والملق .

وحدث فى اليمن أن خرج تسعة من العلويين على الخلافة العباسية ، وكان الخليفة إذ ذاك هو هارون الرشيد . واتهم الشافعى بأنه مع العلويين . فأمر الخليفة أن يحمل إليه هؤلاء التسعة والشافعى كذلك . ولما وصلوا إلى بغداد ومثلوا أمام هارون الرشيد أمر بضرب أعناق التسعة . ولما جاء دور الشافعى تحدث حديثاً ارتاح إليه الخليفة واقتنع ببراءته . كما أنه كان بالمجلس محمد بن الحسن الذى شهد للشافعى بأنه نال من العلم حظاً كبيراً ، وأن الذى رفع عليه ليس من شأنه .

مذهبه العراقى :

ونجا الشافعى من هذه المحنة بقوة حجته وشهادة محمد بن الحسن وكان قدومه إلى بغداد فى هذه المحنة سنة ١٨٤ . وأقام فى بغداد مع محمد بن الحسن حامل فقه العراقيين وناشره ، لازم حلقاته وأخذ علم أهل العراق ، ثم ناظر أصحاب محمد بن الحسن ، ثم ناظر محمد بن الحسن نفسه . وكانت هذه المحنة منحة له ، فقد اجتمع له علم أهل الرأى وعلم أهل الحديث واجتمع له فقه أهل العراق وفقه أهل الحجاز .

أقام الشافعي في العراق مدة نحو عامين ثم انتقل بعدها إلى مكة المكرمة وحمل معه من كتب العراقيين حمل بعير. وفي مكة أخذ يلقي دروسه في الحرم المكي، يتردد عليه العلماء الوافدون إلى مكة للحج أو للعمرة ويسمعون منه فقها جديداً لا هو فقه أهل المدينة وحدهم، ولا هو فقه أهل العراق وحدهم، بل هو مزيج بينهما وخلاصة رأيه واجتهاده.

ومكث الشافعي تسع سنوات في مكة، قدم بعدها بغداد للمرة الثالثة في سنة ١٩٥، وله طريقة جديدة في الفقه لم يسبقه أحد إليها فهو لا يفصل أحكام الفروع، ولا يفتي في المسائل الجزئية فقط ولكنه جاء بقواعد كلية وأصول عامة، فاجتمع حوله العلماء وأهل الفقه وأهل الرأي وأهل الحديث جميعاً.

أقام الشافعي ببغداد يدرس العلم وينشر مذهبه وفي هذه المرة انضم إليه جماعة من علماء العراق، وصاروا يأخذون عنه وهناك أملى عليهم كتبه التي كتبها في مذهبه العراقي أو مذهبه القديم. وقد وضع في مذهبه القديم بالعراق كتابا أسماه «الحجة» رواه عنه أصحابه العراقيون.

ويقال إنه في هذه الحقبة ألف لأول مرة كتاب «الرسالة»

الذى وضع به الأساس لعلم أصول الفقه[1] .

ونشير هنا إلى أن الشافعى قبل قدومه إلى بغداد سنة ١٩٥ هـ كان يبدى آراءه دون أن يتعرض لآراء مخالفيه ، ولكن حدث بعد قدومه إلى بغداد أن اضطر إلى أن يتجه لبعض آراء شيخه بالنقد والتزييف فقد بلغه أن مالكا تقدس آثاره وثيابه فى بعض البلاد الإسلامية ، وأن منهم من إذا قيل لهم « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم » عارضوه بقولهم « قال مالك » فكانت تثور نفس الشافعى حتى وضع كتابا أسماه « خلاف مالك » .

يقول الفخر الرازى : « إن الشافعى إنما وضع الكتاب على مالك لأنه بلغه أن بالأندلس قلنسوة لمالك يستسقى بها وكان يقال لهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فيقولون « قال مالك » ، فقال الشافعى إن مالكا آدمى قد يخطىء ويغلط ، فصار ذلك داعيا الشافعى إلى وضع الكتاب على مالك وكان يقول كرهت أن أفعل ذلك ولكنى استخرت الله تعالى فيه سنة » .

ومكث فى هذه المقدمة سنتين ببغداد ، ثم عاد بعد ذلك إليها سنة ١٩٨ وأقام أشهراً فيها ثم اعتزم السفر إلى مصر فرحل إليها .

(١) يقول الفخر الرازى : واعلم أن الشافعى ـ رضى الله عنه ـ قد صنف كتاب الرسالة وهو ببغداد . ولما رجع إلى مصر أعاد تصنيف كتاب الرسالة وفى كل واحد منهما علم كثير .

فقهه فى مصر :

فى سنة ١٩٨ قدم الشافعى إلى مصر ونزل بالفسطاط ضيفاً مباركا كريماً على عبد الله بن عبد الحكم ، وفى مصر برزت مواهب ومقدرة وفقه وعلم الشافعى ، فقد رجع عن بعض الأحكام التى كانت له بالقديم ، ويبدو أنه تأثر بالبيئة المصرية وما كان فيها من نظم وعادات خاصة ، ووجد لمن تقدموه من العلماء بمصر فتاوى خاصة بأحوال المصريين لم يكن اطلع عليها من قبل ، فرجع عن بعض آرائه العراقية إلى مايخالفها من الأحكام ، فدون الشافعى فى مصر مذهبه الجديد .

وكان لثقافة الشافعى التى جمعها من رحلاته أثر ملحوظ فى فقهه وخاصة فى مذهبه الجديد الذى جاء وسطا بين طريقتى أهل الحديث وأهل الرأى .

قدم الشافعى إلى مصر وكان الغالب على المصريين المذهب المالكى والمذهب الحنفى ، فنشر مذهبه الجديد ، وأملى على تلاميذه المصريين كتبه الجديدة الكثيرة ، منها : كتابه «الجديد» وكان يدرس فيه مذهبه بمسجد عمرو بن العاص وكتاب « الأم » و « الأمالى الكبرى » و « الإملاء الصغير » و « الرسالة » وغير ذلك من الكتب .

والشافعى هو أول من وضع علم أصول الفقه . قال الفخر الرازى فى مناقب الشافعى : « كانوا قبل الإمام الشافعى يتكلمون فى مسائل الفقه ويستدلون ويعترضون ، ولكن ما كان لهم قانون كلى مرجوع إليه فى معرفة دلائل الشريعة وفى كيفية معارضاتها وترجيحاتها ، فاستنبط الشافعى علم أصول الفقه ، ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه فى معرفة مراتب أدلة الشرع » .

وكتاب « الرسالة » يعتبر أول كتاب وضع فى علم أصول الفقه . وكان تأليف الشافعى لهذا الكتاب بطلب من عبد الرحمن ابن مهدى إمام أهل الحديث فى عصره ، فهو الذى طلب من الشافعى أن يصنف كتاباً فى أصول الفقه ، وقد أجمع الناس على استحسان هذا الكتاب حتى أن المزنى قال « قرأت الرسالة خمسمائة مرة ما من مرة إلا استفدت منها فائدة جديدة » وقال أيضاً : « أنا أنظر فى الرسالة من خمسين سنة ما أعلم أنى نظرت فيها مرة إلا واستفدت منها شيئاً لم أكن عرفته » .

وفى مصر تلقى كثير من العلماء عن الشافعى مذهبه ، وكتبوا عنه ما ألفه ، وعملوا بما ذهب إليه ، ومن أشهرهم محمد بن عبد الله ابن عبد الحكم ، وأبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى ، وأبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطى ، والربيع الجيزى . وكذلك أخذ عنه أشهب وابن القاسم من أصحاب الإمام مالك .

واستقر الشافعى بمصر ولم يزل بها حتى توفى إلى رحمة الله - تعالى - عام ٢٠٤ هـ .

ثقافة الشافعى :

اجتمع للإمام الشافعى من ضروب الثقافة والمعرفة ما لم يجتمع لغيره ، وساعده على التفوق فيها مامنحه الله من قوة حافظة وفطنة زائدة ووعى دقيق ، وإدراك واسع . وزاد كل هذا ما كان من كثرة أسفاره ورحلاته ، ولذا أثرت عنه أبياته المشهورة التى يقول فيها :

سافر تجد عوضا عمن تفارقه
وانصب فإن لذيذ العيش فى النصب
إنى رأيت وقوف الماء يفسده
إن سال طاب وإن لم يجر لم يطب
والأسد لولا فراق الغاب ما افترست
والسهم لولا فراق القوس لم تصب
والتبر كالترب ملقى فى أماكنه
والعود فى أرضه نوع من الحطب

وكان - رضى الله عنه - من أكبر حفاظ الحديث ومن ذوى الخبرة به وبرجاله ، وفاق فى هذا الميدان من سبقه من كبار أئمة الحديث

كمالك وسفيان ، إذ أنه وقف على حديث أهل العراق وأهل مصر وأهل اليمن والشام إلى جانب استيعابه لحديث أهل الحجاز ، فاجتمع له من الحديث أكثر مما اجتمع لمن سبقه . ولهذا كان - رضى الله عنه - يعتمد اعتماداً كبيراً على السنة ودافع عنها وانتصر لها .

وكذلك جمع - رضى الله عنه - بين فقه أهل الحجاز وأهل العراق وأهل مصر .

وكان ذا بصر بأحوال أهل الحضر وأهل البادية وأهل البلاد المتحضرة فى العراق وفى مصر .

وفوق ذلك كله كان - رضى الله عنه - إماما فى اللغة .

كل هذه المواهب جعلت من الشافعى رجلا قوى الحجة فى تأييد آرائه ، فلا يكاد ينهض له أحد فى مجال المناظرة والمجادلة فيها وكتابه « الأم » يعتبر صورة واضحة لدقة تعبير الشافعى وقوة مناظرته ، وبعض الباحثين ينكر أن يكون كتاب « الأم » للشافعى ويقول أنه تأليف أبى يعقوب البويطى ويستدل على ذلك بأن أبا طالب المكى ذكر فى كتابه « قوت القلوب » عبارة تقول عن البويطى « وصنف كتاب الأم الذى ينسب الآن إلى الربيع بن سليمان ويعرف به وإنما هو جمع البويطى ولم يذكر نفسه فيه وأخرجه إلى الربيع فزاد فيه وأظهره وسمعه الناس منه » .

ولكن لعل المراد من كلمة « صنف » : أنه جمع أجزاء الكتاب لا أنه ألفه . فضلا عن أن كتاب : « قوت القلوب » ليس مرجعاً فى نقل الأخبار ، وأكثر الروايات تنص على نسبة كتاب « الأم » إلى الشافعى .

وقد ألحق بهذا الكتاب جملة كتب :

منها : « كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبى ليلى، وأصله لأبى يوسف » .

ومنها : « كتاب خلاف على وابن مسعود » وهو كتاب جمع فيه الشافعى المسائل التى خالف فيها أبو حنيفة وأصحابه عليا وابن مسعود [1] .

ومنها : « كتاب اختلاف مالك والشافعى» وقد رد فيه الشافعى على مالك فى مخالفته لخبر الواحد إلى عمل أهل المدينة .

ومنها : « كتاب جماع العلم » وهو انتصار للسنة والعمل بها .

ومنها : « كتاب إبطال الاستحسان » .

---

(١) هذا العنوان : هو ما ورد به فى كتاب الأم ، وقد ذكره ابن النديم فى الفهرست ، بعنوان : « ما خالف فيه العراقيون علياً وعبد الله » .

ومنها : « كتاب الرد على محمد بن الحسن » وأصله : كتاب رد فيه محمد بن الحسن على أهل المدينة فدافع الشافعى عنهم .

ومنها : « كتاب سير الأوزاعى » وأصله : لأبى يوسف يرد فيه على الأوزاعى ، فدافع الشافعى عنه .

شيوخ الشافعى :

من شيوخ الشافعى فى مكة : مسلم بن خالد الزنجى ، وسفيان ابن عيينة ، وسعيد بن سالم القداح ، وداود بن عبد الرحمن العطار وعبد الحميد بن عبد العزيز بن أبى داود .

ومن شيوخه فى المدينة : مالك بن أنس ، وإبراهيم بن سعد الأنصارى ، وعبد العزيز بن محمد الداوودى ، وإبراهيم بن يحيى الأسامى ، ومحمد بن سعيد بن أبى فديل ، وعبد الله بن نافع الصائغ .

ومن شيوخه فى اليمن : مطرف بن مازن ، وهشام بن يوسف قاضى صنعاء ، وعمر بن أبى مسلمه صاحب الأوزاعى ، ويحيى ابن حسان صاحب الليث بن سعد .

ومن شيوخه فى العراق : محمد بن الحسن ، وأبو أسامة : حماد ابن أسامة الكوفى ، وإسماعيل بن عطية البصرى ، وعبد الوهاب ابن عبد المجيد البصرى ، ووكيع بن الجراح الكوفى الذى أشار إليه فى بيتيه الشهيرين :

شكوت إلى وكيع سوء حفظى فأرشدنى إلى ترك المعاصى
وأفهمنى بأن العلم نور ونور الله لا يهدى لعاصى

أصحاب الشافعى وتلاميذ مدرسته :

للشافعى أصحاب عراقيون، وأصحاب مصريون .

أما أصحابه العراقيون ، فمعظمهم صار صاحب مذهب مستقل بعد أن كان شافعياً ؛ ومنهم : أبو ثور الكلبي وأحمد بن حنبل . أما أصحابه العراقيون الذين التزموا بمذهبه: فنهم: الحسن بن محمد ابن الصباح الزعفرانى ، المتوفى سنة ٢٦٠ هـ ، وهو أثبت رواة مذهب الشافعى القديم ، ومن كبار المحدثين ، وأحد شيوخ الإمام البخارى وغيره من أئمة الحديث إلا مسلماً ، ومنهم أيضاً : أبو على ابن الحسين بن على الكرابيسى المتوفى سنة ٢٤٥ هـ .

وأما أصحابه المصريون فمن أشهرهم :

أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى المصرى المتوفى سنه ٢٦٤هـ وهو يعتبر عند الشافعية إماماً مجتهداً ، لما عرف عنه من آراء يخالف فيها إمامه (١) .

---

(١) للمزنى: كتابه : «المختصر الصغير» الذى يعول الشافعية عليه كثيراً ، وله كذلك كتاب «الجامع الكبير» ، «والجامع الصغير» .

ومنهم أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطى المتوفى سنة ٢٣١هـ وهو أكبر أصحاب الشافعى، وخليفته فى حلقته من بعده .

ومنهم: أبو محمد الربيع بن سليمان المرادى، المؤذن بالجامع العتيق المتوفى سنة ٢٧٠ هـ ، وكان خادم الشافعى ، وأثبت أصحابه فى نقل كتبه وحفظها عنه ، وهو راوى الأم وغيره من كتبه ، وعول الشافعيةعلى روايته، مع أنه لم يكن ذا فقه :

ومنهم : حرملة المصرى(أبو حفص: حرملة بن يحيى)، المتوفى سنة ٢٦٤ هـ صاحب كتاب المبسوط وكتاب المختصر .

ومنهم : يونس بن عبد الأعلى، المتوفى سنة ٢٦٤ هـ .

* * *

هذه سطور قليلة عن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — صاحب المذهب الذى اتخذ أساساً لهذا التقنين الذى نقدمه .

لقد طويت صفحة حياة الإمام الجليل فى مصر ، بعد مغرب الخميس، فى آخر ليلة من شهر رجب،سنة أربع ومائتين، وعمره أربعة وخمسون سنة ، ودفن فى يوم الجمعة التالى ليوم وفاته بمقبرة ابن عبد الحكم ، بالمسجد المعروف الآن باسمه فى مصر .

روى صاحب « الديباج المذهب » : أن جماعة جلسوا فى حلقة الشافعى ، عقب موته ، فأقبل عليهم أعرابى ، فسلم، وسأل عن الإمام الشافعى، قائلا :

— أين قمر هذه الحلقة وشمسها ! ؟

فقالوا له :

— توفى . . رحمه الله .

فبكى الرجل بكاءاً شديداً .. ثم قال :

— رحمه الله، وغفر له — كان يفتح ببيانه منغلق الحجة، ويسدد فى وجه خصمه واضح المحجة ، ويغسل من العار وجوها مسودة ، ويوسع بالرأى أبوابا منسدة .

رضى الله عن إمامنا الجليل ، الذى احتل قلوب المصريين بحبه ، فلقد أحبوه حيا وميتا حتى أنه أصبح يعد مصريا ، بعد أن كان حجازيا .

رضى الله عن الشافعى ، إماما وعالما ومحدثا وفقيها ومجتهداً ملأ طباق الأرض علماً . ونقدم اليوم قطرات من نبع علم هذا الإمام الجليل .

رحمه الله، وأسكنه الله فسيح جناته وجزاه عما قدمه للإسلام والمسلمين خير الجزاء ، وجعل منزلته مع النبيين والصديقين والشهداء والصالحين، وحسن أولئك رفيقا .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

المذهب الشافعي

مسلكه - قواعده - انتشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن دعا بدعوته، وسار على طريقته إلى يوم الدين . وبعد . .

فتنفيذا لوصية مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية، بتقنين الشريعة الإسلامية، وإعدادها لمن تتجه نفسه لتناولها والعمل بها، وإسهاماً منا فى القيام بهذا المشروع الجليل تلبية للرغبة التى وجهت إلينا من الأمانة العامة للمجمع، مددنا أيدينا للمشاركة فى هذا العمل . فقمنا بإعداد مشروع تقنين المعاملات، وفقاً للرأى الراجح فى المذهب الشافعى — ولم يفت اللجنة أن تشير إلى الآراء الأخرى فى المذكرة الإيضاحية — وذلك بالقدر الذى وفقنا الله إليه، مساهمين فى أداء الواجب، نحو المسئولية التى يضطلع بها المسلمون عامة، وأهل العلم خاصة .

أهم مايمتاز به مذهب الشافعى :

ولما كان هذا التقنين قداستمد من المذهب الشافعى، نرى من الخير : الإشارة إلى أن أصول هذا المذهب ، كما أوضحها الإمام الشافعى فى كتابه : « الرسالة » هى :

الكتاب .. والسنة .. والإجماع .. وأقوال الصحابة .. والقياس ..

والشافعى : مثله فى هذا مثل باقى الأئمة ، إلا أنه تفرد بمسلك اختص به فى الاحتجاج بهذه الأدلة . وأهم مايمتاز به مايأتى :

١ — الكتاب :

الكتاب والسنة الثابتة مرتبة واحدة فى الاستدلال عند الشافعى ، فكلاهما عن الله -عز وجل- . والقرآن عربى ، فاستنباط أحكامه يجب أن يكون قائماً على تفهم الأساليب العربية . وكان الشافعى يعمل بالعام بظاهر عمومه، حتى يقوم دليل على التخصيص من القرآن أو السنة ، وكان يخصص عام القرآن بخبر الآحاد، مخالفاً فى هذا الأحناف الذين يرون أن القرآن قطعى فى ثبوته ، بينما خبر الآحاد ظنى فى ثبوته ، فيرى الشافعى: أن العام القطعى فى الثبوت ظنى فى دلالته ، فيجوز تخصيص ظنى فى دلالته بظنى فى ثبوته .

ويرى الشافعى : أن السنة تفصل مجمل الكتاب، وتبين المخصوص من العام .

٢ — السنة :

ودافع الشافعى عن الحديث ، دفاعا كان سببا فى علو منزلته عند أهل الحديث . لذا أحبه أهل العراق ، ولقبه أهل بغداد : « ناصر السنة » وهذا هو السبب فى تأييدهم له، ونصرتهم لمذهبه .

ولم يقتصر — رضى الله عنه — على الأخذ بالحديث الشائع عند الحجازيين ، لكنه أخذ أيضاً بحديث غير الحجازيين، إذا تحقق من صحته أو حسنه .

وكان يرى أن السنة الصحيحة واجبة الاتباع ، سواء كانت متواترة، أم كانت من أخبار الآحاد،وقد دافع — رضى الله عنه — دفاعا شديداً عن العمل بخبر الواحد الصحيح ، وخالف الأحناف فى تقديم القياس عليه ، كما خالف مالكا فى تقديم عمل أهل المدينة عليه . وأخبار الآحاد عنده ، دون الكتاب والسنة المجمع عليهما فى الاحتجاج ، ولكنه اشترط فى قبول خبر الآحاد شروطاً دقيقة فى الراوى . وخالف أبا حنيفة ومالكا والثورى فى الحديث المرسل، فلم يحتج به .

والحديث المرسل : هو الذى يقف فيه السند عند التابعى ،

ولا يذكر فيه الصحابي الذي روى عنه التابعي . والشافعي أول من طعن في المراسيل، ولم يحتج بالحديث المرسل إلا بشرطين :

أولهما : أن يكون المرسل من كبار التابعين الذين لقوا كثيرين من الصحابة ، كسعيد بن المسيب .

وثانيهما : أن تكون ثمة دلالة تقوى سند الإرسال .

٣ — الناسخ والمنسوخ :

يرى الشافعي : أن الشريعة فيها ناسخ ومنسوخ. والنسخ يكون في الكتاب ، ويكون في السنة .

والكتاب ينسخ بالكتاب ، وبالسنة . والسنة تنسخ بالسنة وبالكتاب .

ولم يقع نسخ القرآن بالسنة ، إلا ومعها قرآن عاضد لها حتى تقوم الحجة على الناس بهما معا ، ولئلا يتوهم انفراد أحدهما عن الآخر : إذ كل من عند الله .

كما لم يقع نسخ السنة بالقرآن ، إلا ومعه سنة عاضدة له ، تبين توافقهما .

٤ — الإجماع :

قرر الشافعي: أن الإجماع حجة . وقرر أنه في منزلة بعد الكتاب والسنة وقبل القياس .

والإجماع : أن يتفق مجتهدو الأمة فى عصر بعد وفاة النبي ﷺ على أمر من الأمور، فيكون إجماعهم حجة فيما أجمعوا عليه .

وأول إجماع يعتبره هو إجماع الصحابة ، وهو يأخذه باعتباره اجتهاداً منهم .

وكان لا يأخذ إلا بأجماع مجتهدى المسلمين فى كل الأمصار وسائر الأقطار الأسلامية ،ولذا: رد قول شيخه مالك فى اعتبار إجماع أهل المدينة .

وأما الإجماع السكوتى بأن يأتى بعضهم بحكم ، ويسكت عنه الباقون، وقد علموا به، وكان السكوت مجرداً عن أمارة رضا أو سخط وكان الحكم اجتهادياً تكليفياً ومضى مهلة النظر عادة ، فالمنقول عن الشافعى : أنه ليس بإجماع ولا حجة، لاحتمال أن يكون السكوت لغير الموافقة، كالخوف والتردد فى الحكم . والأصح فى المذهب أنه إجماع وحجة لأن الظاهر من السكوت الموافقة عادة .

٥ — قول الصحابى :

أقوال الصحابة : كمصدر من مصادر الفقه عند الشافعى، اختلف فى شأنها : فكتب الأصول تقول : إن الشافعى يأخذ بقول الصحابى فى مذهبه القديم ، وأن الجديد ليس كذلك(١) ودليلهم فى هذا

(١) يراجع فى ذلك المستصفى للغزالى، وشرح تحرير كمال الدين ابن الهمام و شرح المنهاج للأسنوى ، والإحكام فى أصول الأحكام للآمدى.

أنه حكى فى الجديد أقوالا ثم خالفها ، ولو كانت حجة لم يخالفها . وأنه إذا ذكر فى الجديد أقوال الصحابة موافقاً ، فإنه يأخذها تعضيدا لما اعتمد عليه من دليل آخر .

وآخرون يقولون : إن الشافعى فى القديم والجديد يأخذ بقول الصحابى ويقلده ، ويقدمه على القياس ، وردوا على الحجج السابقة ومنهم : ابن القيم فى أعلام الموقعين(١) .

والشافعى رتب الأخذ بأقوال الصحابة ، فعند اتفاق الصحابة يأخذ ما اتفقوا عليه ، وإذا حفظ لأحدهم قول لم يعرف فيه خلاف أخذ به ، فإن اختلفوا ، اختار أقرب الأقوال من دلالة الكتاب والسنة ، فإن لم يكن فيها تفاوت، اختار ما اختاره الأئمه: أبو بكر أو عمر أو عثمان ، فإن اختلفوا بلا دلالة، نظر إلى الأكثر ، فإن تكافئوا، نظر أحسن أقاويلهم مخرجاً عنده(١) .

٦ — القياس :

والشافعى أول من تكلم فى القياس، ضابطا القواعد، مبيناً أسسه. فيرى أن المسلك الذى يجب أن يسلكه الفقيه فى الاجتهاد برأيه هو القياس وحده . وهو لا يحتج بالقياس إلا إذا كانت علته منضبطة ، ولم يكن فى المسألة حديث على خلافه، ولو كان خبر آحاد

---

(١) الشافعى للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة طبعة ١٩٤٨ .

(٢) نقله البيهقى عن الإمام الشافعى — المرجع السابق ص ٣٤٢ .

وهو لايبيح لكل شخص أن يقيس، لكنه وضع ضوابط وشروطاً خاصة فى القائس . وهناك نصوص لايقاس عليها ، وهى التى تأتى بأحكام تكون مخالفة للأمور الثابتة، ومثلها مايكون تخفيفاً من حكم عام دائم .

٧ — الاستحسان والاستصلاح :

لم ير الشافعى الأخذ بالاستحسان ، بل وأنكره ، وهاجم القائلين به ، حتى أثر عنه قوله: « من استحسن فقدشرع » ،ووضع ضمن كتاب « الأم » كتاباً فى إبطال الاستحسان ، واعتبر أن الاخذ بالاستحسان أخذ بالهوى والتشهى . نخالف فى هذا الأحناف الذين أخذوا بالاستحسان .

وكما هاجم الاستحسان هاجم « الاستصلاح » الذى قال به المالكية ، لأنه رآه قريباً من الاستحسان الذى قال به الأحناف .

وهناك أقوال : أن الشافعى كان يأخذ بالمصالح المرسلة ، ولكنه يشترط المشابهة بينها وبين مصلحة معتبرة بإجماع أو نص . وهذه الأقوال ليست دليلا على أنه كان يعتبر المصلحة إلا إذا كانت داخلة فى أصل من الأصول الأربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وليست أصلا قائماً بذاته .

٨ — الظاهر والمؤول :

والمذهب الشافعى يعتمد فى تفسيره للشريعة واستخراج أحكامها

والاستدلال بأصولها على فروعها على الظاهر، وهو مادل على المعنى دلالة ظنية أى راجحة بوضع اللغة أو الشرع أو العرف .

ولا ينصرف عن الظاهر ويؤول ، إلا حيث يكون هناك دليل على التأويل ، إذ أن التأويل حمل الظاهر على المحتمل المرجوح .

فإن كان لدليل فصحيح . أو لما يظن دليلا وليس بدليل فى الواقع ففاسد . أو كان التأويل لا لشىء فلعب .

هذه هى الأصول العامة للمذهب كما قررها الشافعى بطريقة محددة.

وعلى أساس هذه الأصول العامة : نشير إلى بعض القواعد التى بنى عليها المذهب .

من القواعد التى بنى عليها المذهب :

١ — الأمور بمقاصدها(١) :

والأصل فى هذه القاعدة: قوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات » وهو حديث صحيح ، ورواية البيهقى : « لا عمل لمن لا نية له » قال الإمام الشافعى : حديث النية يدخل فى سبعين بابا .

وقال السيوطى : ومما تدخل فيه من العقود ونحوها كنايات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء والحوالة والوكالة وتفويض القضاء والإقرار والإجارة والوصية . . » :

(١) الأشباه والنظائر ص ٨ ، ١٠ .

ثم قال: « ويدخل فيها أيضاً: غير الكنايات، فى مسائل شتى، كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود عليه فى المبيع والثمن، وتدخل فى بيع المال الربوى ونحوه.

وقال: وفى أداء الدين، فلو كان عليه دينان لرجل بأحدهما رهن، فأدى أحدهما، ونوى به دين الرهن؛ انصرف إليه.

٢ — اليقين لا يزال بالشك[١].

ودليلها: ما رواه مسلم، عن أبى سعيد الخدرى، قال: قال رسول الله ﷺ: « إذا شك أحدكم فى صلاته، فلم يدركم صلى، أثلاثا أم أربعا؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن.

ويندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد:

(ا) الأصل: بقاء ما كان[٢] على ما كان.

ومثال ذلك: اشترى ماء، وادعى نجاسته ليرده، فالقول قول البائع لأن الأصل طهارة الماء.

(ب): الأصل براءة الذمة[٣].

مثاله: اختلفا فى قيمة المتلف، حيث تجب قيمته على متلفه

---

(١) المراجع السابق ص ٥٠.

(٢) المرجع السابق ص ٥١، ٥٣.

(٣) المرجع السابق ص ٥٣

كالمستعير والمستام والغاصب والمودع . المتعدى . فالقول قول الغارم ، لأن الأصل براءة ذمته مما زال .

(ح) : ماثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين .

مثاله : شك هل صلى واحدة أو أكثر بنى على الأقل .

(ى) الأصل العدم(1) .

مثاله : لو اختلفا فى قدم العيب: فأنكره البائع، فالقول قوله :

ومثاله : لو ثبت عليه دين بإقرار أو بينة ، فادعى الأداء والإبراء ، فالقول قول غريمه ، لأن الأصل عدم ذلك .

(هـ) : الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن(2) :

ومثاله : ابتاع عبدا ثم ظهر أنه كان مريضاً، ومات فلا رجوع له فى الأصح، لأن المرض يتزايد ، فيحصل الموت بالزائد ، ولا يتحقق إضافته إلى السابق .

(و) الأصل فى الأشياء الإباحة ، حتى يدل الدليل على التحريم .

الأصل فيه : قوله ﷺ : « ما أحل الله فهو حلال، وماحرم فهو حرام ، وماسكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً .

(1) المرجع السابق ص ٥٩

(2) المرجع السابق ص ٧٦

٣ — المشقة تجلب التيسير[١] .

الأصل فى هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾[٢] . وقوله: ﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾[٣] ، وقول الرسول : « بعثت بالحنيفية السمحة »[٤] وقوله : « إنما بعثتم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين »[٥] ، وحديث: « يسروا ولا تعسروا »[٦] .

ومثاله : بيع نحو الرمان والبيض فى قشره ، و بيع الموصوف فى الذمة ، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة فى بيعها ، وأنموذج المتماثل ، ومشروعية الرد بالعيب ، والتحالف والإقالة والحوالة والرهن والضمان والإبراء والقرض والشركة والصلح والحجر

---

(١) المرجع السابق ص ٧٦ .
(٢) البقرة ١٨٥ .
(٣) الحج ٧٨ .
(٤) للخطيب عن جابر .
(٥) للترمذى عن أبى هريرة .
(٦) « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » رواه البخارى ومسلم وأحمد والنسائى .

والوكالة والإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والعارية والوديعة للمشقة العظيمة فى أن كل أحد لاينتفع إلا بما هو ملكه ولايستوفى إلا ممن عليه حق ، فشروعية كل هذه العقود للتيسير على الناس .

٤ — الضرر يزال[١] :

أصلها قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[٢] .

ومثالها : الرد بالعيب فى المبيع وجميع أنواع الخيار وإفلاس المشترى والحجر بأنواعه والشفعة . ويندرج تحتها :

(أ) الضروريات تبيح المحظورات[٣] .

ومثالها : أخذ أو بيع مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه .

(ب) الضرر لا يزال بالضرر[٤] .

مثالها : عدم إجبار الجار على وضع الجذوع — أو رهن المفلس المبيع أو غرس أو بنى فيه فليس للبائع الرجوع فى صورة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٣

(٢) رواه أحمد فى مسنده عن ابن عباس وابن ماجه عن عبادة وهو حسن .

(٣) الأشباه والنظائر ص ٨٤ .

(٤) المرجع المذكور ٨٦

صحة الرهن لأن فيه إضراراً بالمرتهن ولا فى صورة الغرس والبناء للمفلس لأنه ينقص قيمتها ويضر بالمفلس والغرماء .

٥ — الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة[١] .

من الأولى مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس لما فى الأولى (الإجارة) من ورود العقد على منافع معدومة .

وفى الثانية (الجعالة) من الجهالة .

وفى الثالثة (الحوالة) من بيع الدين بالدين لشدة الحاجة إلى ذلك والحاجة إذا عمت كانت الضرورة .

ومن الثانية الأكل من الغنيمة فى دار الحرب جائز للحاجة .

٦ — العادة محكمة[٢] .

أصلها ، قوله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » : وقيل هو موقوف على عبد الله بن مسعود .

واعتبار العرف والعادة ، رجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثرة .

---

(١) المرجع المذكور ص ٨٨

(٢) المرجع المذكور ص ٨٩

مثاله : التأخير المانع من الرد بالعيب ، المعاطاة ، وزن أو كيل ما جهل حاله فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — .

قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه وفى اللغة : يرجع فيه إلى العرف ، ومثلوه بالحرز فى السرقة ، والتفرق فى البيع والقبض .

٧ — الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد[١] .

الأصل فى هذا : إجماع الصحابة — رضى الله عنهم — نقله ابن الصباغ وأن أبا بكر حكم فى مسائل خالفه فيها عمر ، ولم ينقض حكمه ، وحكم عمر فى المشتركة بعدم المشاركة ، ثم بالمشاركة ، وقال : « ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى به » . وقضى فى الجد قضايا مختلفة .

وعلته : أن الاجتهاد الثانى ليس بأقوى من الأول ، فإنه يؤدى إلى أنه لا يستقر ، وفى ذلك مشقة شديدة ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جرا .

٨ — التابع تابع[٢] :

يدخل فى هذه العبارة قواعد ، منها :

---

(١) المرجع المذكور ص ١٠١

(٢) المرجع السابق ص ١١٧

أنه لايفرد بالحكم، لأنه إنما جعل تبعاً، ومثاله: من أحيا شيئاً له حريم، ملك الحريم فى الأصح تبعاً. فلو باع الحريم دون الملك لم يصح.

ومنها: الحمل يدخل فى بيع الأم تبعاً لها، فلايفرد بالبيع.

٩ — الفرع يسقط إذا سقط الأصل[1]:

مثاله: إذا برىء الأصيل برىء الضامن لأنه فرعه، فإذا سقط الأصيل سقط بخلاف العكس.

١٠ — ما حرم أخذه حرم إعطاؤه[2].

مثاله: الربا والرشوة.

١١ — المشغول لا يشغل[3].

لو رهن رهنا بدين، ثم رهنه بآخر، لم يجز.
لايجوز إيراد عقدين على عين فى محل واحد.

١٢— يغتفر فى الوسائل مالا يغتفر فى المقاصد[4].

---

(١) المرجع السابق ص ١١٩
(٢) المرجع السابق ص ١٥٠
(٣) المرجع المذكور ص ١٥١
(٤) المرجع المذكور ص ١٥٢

ومن ثم جزم بمنع توقيت الضمان ، وجرى فى الكفالة خلاف لأن الضمان: التزام للمقصود ، وهو المال، والكفالة: التزام للوسيلة ويغتفر فى الوسائل ما لا يغتفر فى المقاصد .

* * *

انتشار المذهب الشافعى :

وبعد أن أوضحنا الأصول والسمات العامة للمذهب الشافعى ، والقواعد العامة التى يقوم عليها ، نشير إلى أن هذا المذهب مذهب قوى ، ومنتشر فى كثير من بقاع العالم الإسلامى .

فقد انتشر وقوى فى مصر ، حتى جاءت الدولة الفاطمية فأبطلت العمل به ، مع بقية المذاهب الأربعة .

ولما جاءت الدولة الأيوبية كان هذا المذهب هو مذهب الأيوبيين ، فاختص بالقضاء ، لأنه مذهب الدولة ، فعادت القوة والنشاط إلى هذا المذهب من جديد .

وبلغ من تمسك صلاح الدين بالمذهب الشافعى: أنه بنى لعلماء الشافعية عام ٥٦٦ هـ المدرسة الناصرية ، بجوار جامع عمرو بن العاص وهى أول مدرسة بنيت فى مصر . ولما كمل بناء هذه المدرسة ، وقف عليها الصاغة وكانت بجوارها .

وفى عام ٥٧٢ هـ : بنى أيضاً المدرسة الصلاحية لتدريس المذهب الشافعى ، وجعل مقرها بجوار قبر الإمام الشافعى ، وأوقف عليها جزيرة الفيل ، وأوقافاً أخرى تدر ريعا كبيراً ، وكانت هذه المدرسة أعظم المدارس فى ذلك العهد سعة وعمرانا : وقد وصف ابن جبير هذه المدرسة فى رحلته ، فقال: « إنه يخيل لمن يتطوف عليها أنها بلد مستقل بذاته » . وهذه المدرسة هى التى بنى مكانها الأمير عبد الرحمن كتخدا مسجد الإمام الشافعى عام ١١٧٥ هـ .

واهتم الملك الكامل ابن الملك العادل بن أيوب ، بمسجد الإمام الشافعى ، حتى أنه هو الذى أقام القبة العظيمة التى على الضريح ، وصفحها بالرصاص وأنفق عليها خمسين ألف دينار مصرية .

وظل المذهب الشافعى هو المعمول به وحده فى القضاء فى مصر حتى عصر دولة المماليك البحرية ، إذ جعل الظاهر بيبرس القضاة أربعة ، لكل مذهب قاض خاص به ، ولكنه ميز القاضى الشافعى باستقلاله بتولية النواب فى بلاد القطر كافة ، كما خصه بالنظر فى مال الأيتام والأوقاف ، وجعل للقاضى الشافعى المرتبة الأولى بين بقية القضاة .

وظل الحال على هذا حتى جاء العثمانيون ، فقصروا القضاء على المذهب الحنفى ، وهو المذهب الذى لا يزال معمولا به حتى الآن فى غالب مسائل الأحوال الشخصية .

وانتشر المذهب الشافعى فى بلاد كثيرة أخرى .

فقد دخل المذهب الشافعى بلاد الشام على يد القاضى الشافعى أبى زرعة : محمد بن عثمان الدسوقى ، المتوفى سنة ٣٠١ هـ ، وكان المذهب الغالب على أهل الشام مذهب الأوزاعى . فلما تولى أبو زرعة القضاء حكم بالمذهب الشافعى، ونشره بين الناس ، وبلغ من حبه لهذا المذهب، وحرصه على نشره ، أنه كان يعطى لمن يحفظ مختصر المزنى مائة دينار . ومن عصر أبى زرعة انتشر هذا المذهب بين العلماء هناك ، حتى أن علماء الشافعية غمروا الشام بمذهبهم ، فذكر المقدسى فى : « أحسن التقاسيم » : أن الفقهاء بإقليم الشام فى عصره — أى فى القرن الرابع — كانوا شافعية . وقال : « ولا ترى به مالكيا ولا داوديا » .

وانتشر مذهب الشافعى فيما وراء النهر ، بمحمد بن إسماعيل القفال الكبير الشاشى ، المتوفى سنة ٣٦٥ هـ .

ونشر الشافعى مذهبه بنفسه فى العراق ، وكان الغالب على أهل بغداد المذهب الحنفى ، إلا أن المذهب الشافعى زاحمه ، واستمر ظاهراً ببغداد ، بمن كان بعد الشافعى من علماء المذهب ، ومن أشهرهم : الحسن محمد الزعفرانى المتوفى عام ٢٦٠ هـ .

وأدخل أحمد بن سيار هذا المذهب إلى مرو ثم أظهره به

الحافظ عبد الله بن محمد بن عيسى المروزى ، فإن ابن سيار حمل كتب الشافعى إلى مرو فأعجب بها الناس ، ولما أراد عبد الله أن ينسخها ، أبى عليه ذلك ، فباع عبدالله ضيعة له ، وخرج إلى مصر ، فأدرك الربيع الجيزى وغيره من أصحاب الشافعى ، فنسخ كتب الشافعى ، ورجع إلى مرو ، وأظهر كتبه بها ، فعرف الناس هذا المذهب . وقد توفى عبد الله فى سنة ٢٩٣ هـ .

ونقل المذهب إلى اسفراين أبو عوانة : يعقوب بن إسحاق النيسابورى الإسفراينى صاحب « الصحيح المستخرج على مسلم » .

ونقل المذهب إلى غزنة وخراسان وجيه الدين أبو الفتح محمد ابن محمود فقد اتصل بغياث الدين صاحب غزنة وبعض خراسان ، وأوضح له مذهب الشافعى ، وبين له فساد مذهبه : « الكرامية » فصار شافعياً ، ثم بنى بغزنة مسجدا للشافعية ، وبالغ فى رعايتهم وإكرامهم .

وعلى الجملة : فإن مذهب الشافعى انتشر فى أهم البلاد الإسلامية فى بلاد الشرق ، وانتقل إلى ما عداها من الممالك والأمصار . وهو الآن غالب على فلسطين وبلاد الكرد وأرمينية . وأكثر أهل السنة من أهل فارس شافعية . وكذلك هو غالب ببلاد اليمن وحضرموت ، وعدن ، والجنوب العربى ، وببلاد الساحل الشرقى

لإفريقيا « أرتيريا والصومال » وماليزيا وأندونيسيا وجاوه وما جاورها من الجزائر والفلبين ، وسيلان والهند الصينية وأهل عسير . وهو أيضاً غالب على الحجاز ، مع مذهب أحمد بن حنبل .
وهذا المذهب يلي مذهب أبي حنيفة في الانتشار في بلاد العراق ، ويوجد بقلة في جهات أخرى غير ما ذكر ، ويتبعه في الباكستان والهند نحو مليون مسلم .

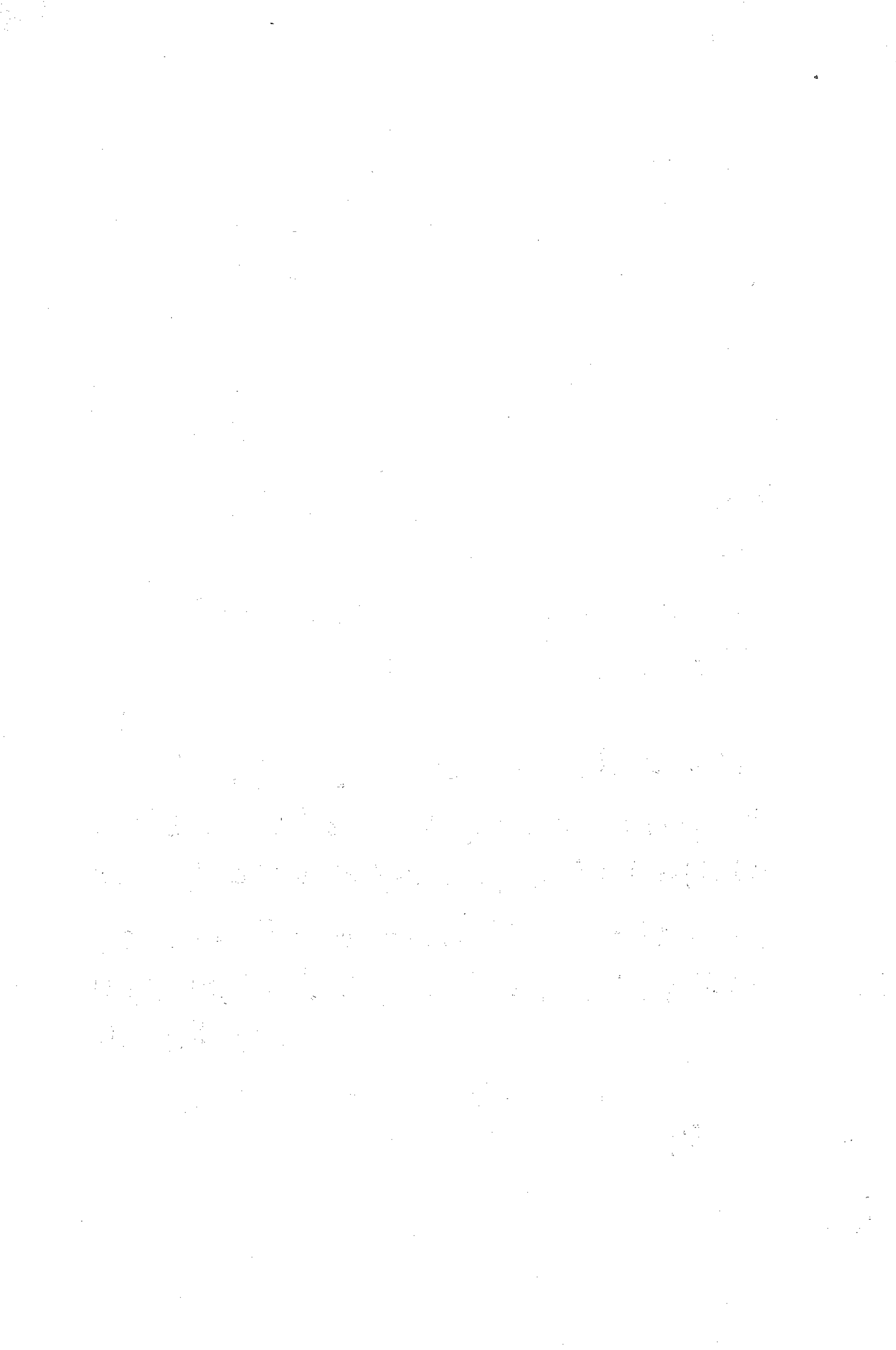
* * *

هذا هو المذهب الجليل ، الذي من نبعه الطيب استقينا مشروع هذا التقنين . وقد اعتمدنا فيه على أمهات الكتب والمراجع في المذهب ، فجاء في هذه الصورة الميسرة ، يوفر الكثير من الجهد في الرجوع إلى كتب المتون والشروح ، وإن كان لا يغني عنها .

وهذا الذي تقدمه اليوم : خلاصة جهد ، بذله أعضاء اللجنة من خبراء المذهب وعلمائه ، ومن أهل البحث في الشريعة ، ومن رجال القانون والمشتغلين به ، تضافرت جهودهم جميعاً في هذا العمل الجليل راجين به رضاء الله ورسوله — صلى الله عليه وسلم — سائلين الله حسن القبول والمثوبة ، وأن ينفعهم الله بهذا العمل ، وينفع به المسلمين والله ولي التوفيق .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

(اللجنة)



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع

مواد المشروع

تعريف البيع :

(مادة ١) : البيع عقد معاوضة مالية ، يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد ، لا على وجه القربة .

الباب الأول
في الصحة والفساد

الفصل الأول — أركان البيع وشروطه

شروط الصيغة :

(مادة ٢) : ينعقد البيع بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول من المتعاقدين .

(مادة ٣): الإيجاب : يكون من البائع ، وهو : ما يدل على التمليك بعوض دلالة ظاهرة .

(مادة ٤): القبول: يكون من المشترى ، وهو: ما يدل على التملك دلالة ظاهرة .

(مادة ٥) : يجوز تقدم لفظ المشترى على لفظ البائع .

(مادة ٦) : يجب أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ولو معنى ، وأن يتصل بالإيجاب ، وأن يصر البادىء على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول مع بقاء أهليته .

(مادة ٧) يجب أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع ، وأن يتلفظ كل منهما بحيث يسمعه من يقرب به .

(مادة ٨) يجب أن لا يكون عقد البيع مؤقتاً ، ولا معلقاً بما لا يقتضيه العقد .

(مادة ٩) [ا] لا يكون الموجب ملزماً بإيجابه ما دام القبول لم يصدر ممن وجه إليه الإيجاب .

[ب] يبطل الإيجاب بموت الموجب ، أو بفقد أهليته قبل قبول من وجه إليه .

(مادة ١٠) : يتم التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة ، بمجرد قبول الغائب فى زمان ومكان اطلاعه على الرسالة ، وله الخيار ممتداً إلى آخر مجلس قبوله ، ويثبت الخيار للبادىء منهما ممتداً إلى أن يفارق صاحبه مجلس قبوله ، ما لم يختر هو لزوم العقد .

(مادة ١١) : كل ما جرت فيه العادة بالمعاطاة وعده الناس بيعاً فهو بيع ، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة لا يكون بيعا .

(مادة ١٢) : إشارة الأخرس تقوم مقام النطق ، فإن فهمها الجميع فهى صريحة ينعقد بها البيع ، وإن لم يفهمها إلا الخاصة فكناية ، وينعقد بها البيع كذلك مع النية ، وإن لم يفهمها أحد فلغو .

(مادة ١٣) : يغنى عن الخطاب ما يقوم مقامه من إشارة أو تمييز بالاسم لمن كان معه العقد ، ولا يشترط الخطاب فى بيع والد ماله لولده الذى فى ولايته وعكسه ، ولا فى البيع مع الواسطة فى ذات المجلس .

(مادة ١٤) : يجوز بيع الوالد ماله لولده المحجور عليه وعكسه وبيع مال أحد محجور به للآخر ، بشرط القبول فيهما .

شرط العاقد :

(مادة ١٥) : يشترط فى كل من العاقدين : أن يكون مطلق التصرف ، ليس به مانع ذاتى ، من صبا أو جنون أو سفه حجر عليه به .

(مادة ١٦) لا ينعقد البيع بالقبول المنتزع بالاكراه بغير حق .

شرط المعقود عليه :

(مادة ١٧) يشترط أن يكون المعقود عليه :

١ — طاهر العين .

٢ — منتفعا به انتفاعا مباحا مقصودا من الوجه الذى يناسبه

٣ — مقدورا على تسلمه .

٤ — للعاقد عليه ولاية بملك أو وكالة أو وصاية .

٥ — معلوما للمتعاقدين علما ينفى الجهاله عنه .

(مادة ١٨) يكون العلم بالمعقود عليه بمايناسبه ، وتكفى رؤيته عن العلم بقدره متى كان معينا .

(مادة ١٩): ا — تكفى الرؤية قبل العقد لصحة البيع فيما لا يتغير غالبا إلى وقت العقد مادام ذاكرا لأوصافه .

ب — أما إذا كان المعقود عليه مما يتغير فتلزم رؤيته وقت العقد .

(مادة ٢٠): رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه تكون كافية لصحة البيع .

(مادة ٢١): لا يصح العقد على العين الغائبة إذا لم يرها المتعاقدان أو أحدهما .

الفصل الثانى

الربا :

(مادة ٢٢) : الربا عقد يتضمن مقابلة عوض مخصوص بآخر مجهول التماثل فى معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير فى العوضين أو أحدهما . وهو حرام .

(مادة ٢٣): يحصل الربا فى النقدين : « الذهب والفضة » — وفى المطعوم الذى أظهر مقاصده تناول الآدمين له اقتياتا أو تفكها

أو تداويا ، سواء كان هذا المطعوم على حالته الأصلية ، أو دخلته عوامل الصناعة بدون أن تؤثر فيه .

(مادة ٢٤) الربا أنواع :

١ — ربا الفضل وهو : البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر في متحد الجنس .

٢ — ربا اليد : وهو بيع مع تأخير قبض العوضين أو قبض أحدهما عن مجلس العقد مطلقاً ، من غير ذكر أجل .

٣ — ربا النساء : وهو البيع لأجل تناوله العقد ولو قصيرا .

٤ — ربا القرض : وهو المشروط فيه جر نفع للمقرض .

(مادة ٢٥) : يشترط لصحة بيع الربوى ما اشترط فى البيع ويزاد :

(ا) إذا كان الثمن والمثمن فى البيع جنساً واحداً من الربويات يشترط أن يكونا حالين مقبوضين قبضا حقيقياً قبل تفرق المتبايعين ، متماثلين يقينا .

(ب) أما إن كان الثمن والمثمن جنسين مختلفين ، فيجوز البيع مع التفاضل بشرط الحلول والتقابض .

(مادة ٢٦) : تعتبر المماثلة فى المكيل كيلا ، وفى الموزون وزنا . والمعتبر غالب عادة أهل الحجاز فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وما جهل : يراعى فيه عادة بلد البيع .

(مادة ٢٧): المماثلة المعتبرة للربوى وصوله حال الكمال. فلا تعتبر المماثلة فى الحبوب والثمار ونحوهما إلا وقت الجفاف .

(مادة ٢٨) : يكون بيع الربوى باطلا :

(ا) إذا اشتمل الثمن والمثمن أو أحدهما على جنسين ربويين

(ب) إذا اشتملا على جنس ربوى وانضم إليه جنس آخر غير ربوى .

(ج) — إذا اختلف نوع المبيع .

(مادة ٢٩): يحرم بيع اللحم بالحيوان ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، مأكول أو غير مأكول .

الفصل الثالث

البيوع المنهى عنها :

(مادة ٣٠): تعتبر البيوع التالية فاسدة :

(ا) بيع عسب الفحل .
(ب) بيع حبل الحبلة .
(ج) بيع الملاقيح .
(د) بيع المضامين .

(ماده ٣١): بيع الملامسة باطل . وهو أن يكتفى العاقد باللمس عن العلم بالمبيع المستور أمره ، على ألا خيار له إذا رآه ، أو جعل اللمس بدلا من الصيغة .

(مادة ٣٢) : بيع المنابذه باطل . وهو أن يكتفى العاقد عن الصيغة بنبذ المبيع أو جعل النبذ قطعا للخيار .

(مادة ٣٣) : بيع الحصاة باطل وهو أن يجعل العاقد رمى الحصاة تمييزا للمبيع أو تحديداً لقدره أو انتهاء لمدة الخيار أو استغناء به عن الصيغة .

(مادة ٣٤): إذا جعل العاقد للسلعة ثمنين :أحدهما نقدا والآخر مؤجلا فقبل على الابهام أو باع السلعة بثمن على أن يبيعه سلعة أخرى بثمن آخر . فالبيع باطل فيهما وذلك مايسمى ببيعتين فى بيعه.

(مادة ٣٥) : لايصح البيع بشرط ينافى مقتضى العقد .

(مادة ٣٦) : يعتبر البيع الذى يحصل به التفريق بين الأم وولدها غير المميز فاسد .

(مادة ٣٧) : لايصح بيع العربون بأن يشترى ويعطى البائع نقودا لتكون من الثمن إن رضى اللغة وإلا كانت هبة .

الفصل الرابع

في تفريق الصفة وتعددها :

(مادة ٣٨) : إذا باع فى صفقة واحدة حلا وحرما ، فرقت الصفقة ، وفصح البيع فى الحلال وبطل فى الحرام .

(مادة ٣٩) : إذا كان المبيع متعددا وتلف واحد منه قبل القبض ، انفسخ البيع فيه ولم ينفسخ فى الآخر .

(مادة ٤٠) : يصح الجمع فى صفقة واحدة بين مختلفى الحكم ، ويوزع المسمى عليهما بأعتبار القيمة .

(مادة ٤١) : تتعدد الصفقة بتفصيل الثمن وبتعدد البائع وكذا يتعدد المشترى .

الباب الثاني
في الجواز واللزوم

تعريف الخيار وأنواعه :

(مادة ٤٢): الخيار طلب خير الأمرين: من إمضاء العقد أو فسخه.
وللعاقد خيارات ثلاثة :

١ — خيار المجلس .
٢ — خيار الشرط .
٣ — خيار العيب .

الفصل الأول

خيار المجلس :

(مادة ٤٣) : يثبت خيار المجلس في كل عقد معاوضة ومحضة واقعة على عين لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري ، ولا جارية مجرى الرخص ، ولو في ربوي أو سلم ، أو استعقب عتقا .

(مادة ٤٤) : يثبت خيار المجلس قهراً عن المتعاقدين . ويبطل البيع إذا شرط نفيه .

(مادة ٤٥) : ينقطع خيار المجلس .

(أ) : بتفرق المتعاقدين اختياراً ببدنهما عن مجلس العقد عرفا

(ب) : بالتخاير بأن يختارا لزوم العقد . فلو اختار أحدهما سقط حقه فى الخيار وبقى الحق فيه للآخر .

(مادة ٤٦) : إذا تنازع المتعاقدان فى التفرق أو الفسخ قبل التفرق ولا بينة صدق النافى بيمينه .

الفصل الثانى

خيار الشرط :

(المادة ٤٧) :

(أ) : يثبت خيار الشرط للمتعاقدين أو لأيهما أو لأجنبى عنهما فى العقود التى يثبت فيها خيار المجلس لمدة معلومة متوالية متصلة ثلاثة أيام فأقل ، إذا شرط فى العقد .

(ب) : تبدأ المدة من العقد المشروط فيه الخيار أو من الشرط إذا شرط فى المجلس بعد العقد .

(المادة ٤٨) : لا يدخل خيار الشرط فيما يأتى :

(أ) : فى البيوع التى يتعين فيها القبض فى المجلس .

(ب) : فيمن يعتق عليه إن شرط الخيار للمشترى وحده .

(ج) : فيما يسرع إليه الفساد فى المدة المشروطة .

(د) : فى المصراة بشرط الخيار للبائع أولهما .

(مادة ٤٩) : لايتجاوز الخيار من شرطله . وإذا اشترط أحد العاقدين الخيار لأجنبي ، فلايجوز لذلك العاقد عزله بعد الشرط وليس لذلك الأجنبي عزل نفسه ، ولايلزمه مراعاة الأصلح لشارطه . وليس للشارط خيار إلا بموت الأجنبي فى زمن الخيار فيثبت له عقب موته .

(مادة ٥٠) :

(أ) : ليس للوكيل فى البيع شرط الخيار للمشترى ، ولا للوكيل فى الشراء شرط الخيار للبائع فإن فعل بطل البيع .

(ب) : ليس للوكيل فى البيع أو الشراء شرطه لأجنبي بغير إذن موكله . وله شرطه لنفسه أو موكله .

(مادة ٥١) :

(أ) : إذا تلف المبيع أو بعضه فى يد المشترى فى مدة الخيار ، فلمن له الخيار الفسخ أو الإمضاء . فإن اختير الفسخ وجب على المشترى بدل التالف . وكذلك يرجع المشترى على البائع بمقابل التالف عن الثمن إن تلف .

(ب) : وإذا قبض المشترى المبيع فى زمن الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف فى يده فهو كما لو تلف فى يد المشترى .

(مادة ٥٢) : لايجب على البائع تسليم المبيع ، ولاعلى المشترى تسليم الثمن فى مدة الخيار . فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ، ولا يجبر الآخر على تسليم ماعنده . ولمن سلم حق استرداد ما سلمه .

(مادة ٥٣) : ملك المبيع مدة الخيار لمن انفرد به من بائع أو مشتر . فإن كان لهما فموقوف فإن أمضى البيع بان أنه للمشترى من حين العقد وإلا فللبائع . ويأخذ الثمن حكم المبيع .

(مادة ٥٤) : يحصل الفسخ أو الإجازة ممن له الخيار فى الزمن المشروط بلفظ دال على المراد أو تصرف يشعر بذلك .

(مادة ٥٥) : إذا انتهت مدة الخيار ولم يحصل ممن له الخيار إمضاء أو فسخ ، اعتبر ذلك إمضاء للبيع ، مالم يكن هناك خيار مجلس .

الفصل الثالث

خيار العيب :

(مادة ٥٦) : خيار العيب هو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطى أو قضاء أو تقرير فعلى .

(مادة ٥٧) : يشترط فى العيب المسوغ للرد أن يكون قديماً ، خافياً على المشترى ، مما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب فى جنس المبيع عدمه .

(مادة ٥٨) : لو باع البائع بشرط عدم مسئوليته عما يكون بالمبيع من عيوب ، فلا يكون مسئولا عن عيب باطن بالحيوان موجود حال العقد لم يعلمه . ويكون مسئولا عن :

(أ) : عيب ظاهر مطلقا .

(ب) : عيب باطن بغير الحيوان .

(ج) : عيب موجود حال العقد وقبل القبض .

(د) : عيب معلوم للبائع .

(مادة ٥٩) : لو شرط البائع عدم مسئوليته عن عيب عينه فيبرأ منه إن كان مما لا يعاين ، أو مما يعاين ، واطلع المشترى على موضعه وقدره .

(مادة ٦٠) : لو هلك المبيع عند المشترى، ثم علم العيب به رجع بالأرش على البائع . ويستثنى الربوى المبيع بجنسه فإنه يتعين فيه الفسخ ، ويغرم المشترى البدل ، ويسترد الثمن حيث كان العقد واردا على معين ، أما إذا كان العقد واردا على موصوف فى الذمة ثم عين فى المجلس فإن المشترى يغرم بدل التالف ، ويستبدل عنه سليما فى مجلس الرد وإن فارق مجلس العقد .

(مادة ٦١) : لو تلف الثمن دون المبيع المقبوض وأريد رد هذا المبيع بالعيب رد ، وأخذ بدل للثمن مثله إن كان مثليا ، أو قيمته إن كان متقوما ، وتقدر القيمة بأقل قيمة وصل إليها المبيع من يوم البيع إلى يوم القبض .

(مادة ٦٢) : يكون الرد بالعيب فور العلم به ، ويسقط بالتأخير من غير عذر . وتعتبر الفورية على العادة .

(مادة ٦٣) : إذا ظهر عيب بالمبيع فللمشترى :

(أ) : رد المبيع إلى البائع .

(ب): أورفع الأمر إلى الحاكم ليستحضر البائع ويرد عليه المبيع .

(مادة ٦٤) : يلزم المشترى عند إرادة الفسخ :

١ — الإشهاد على الفسخ أن أمكنه حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم .

٢ — ترك استعمال المبيع .

(مادة ٦٥) : إذا سقط حق المشترى فى الرد بتقصيره سقط حقه فى الأرش كذلك .

(مادة ٦٦) : إذا حدث بالمبيع عيب بسبب آفة أوغيرها بعد قبض المشترى له ثم ظهر فيه عيب قديم سقط الرد القهرى .

(مادة ٦٧) :

(أ) : إذا رضى البائع بالعيب الحادث بقى الخيار للمشترى بين أن يمضى البيع بلا أرش للقديم أو يرد بلا أرش للحادث .

(ب) : إذا لم يرض البائع بالعيب الحادث ضم المشترى أرش الحادث للمبيع ورده ، أوضم البائع أرش القديم ولارد . فإذا اختلفا

فى أى هذين الأمرين يأخذان به ، بأن طلب أحدهما الإمضاء مع أرش القديم ، وطلب الآخر الفسخ مع أرش الحادث أجيب طالب الإجابة .

(مادة ٦٨) : إذا حدث عيب بالمبيع مثل القديم وزال أحدهما وتنازع العاقدان فى الزائل هل هو القديم أو الحادث ، حلف كل منهما ، فإن حلفا سقط الرد بحلف البائع ، واستحق المشترى الأرش بحلفه .

(مادة ٦٩) : إذا اختلف المتعاقدان فى تقدير أرش العيب أخذ بالقدر الأقل بعد تحليفهما .

(مادة ٧٠) :

(أ) : يجب أن يخبر المشترى البائع على الفور بالعيب الحادث مع القديم ليكون له الخيار فإن أخر إعلامه بذلك عن فور الاطلاع على القديم بلا عذر فلا رد له به ولا أرش عنه .

(ب) : ويعذر المشترى فى تأخير رد المبيع بالعيب القديم لوقوع حادث به قريب الزوال غالبا .

(مادة ٧١) : إذا زال العيب الحادث بالمبيع :

(أ) : فان كان بعد أن أخذ المشترى أرش القديم أو قضى به القاضى وإن لم يأخذه فليس له الفسخ ولا رد الأرش الذى أخذه .

(ب) : وإن كان قد تراضيا على أخذ أرش العيب القديم ولم يأخذه بالفعل، ولم يقض به القاضي ، فللمشترى الفسخ بالعيب القديم .

(ج) : وإن كان علم المشترى بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث حق له الرد القهرى .

(مادة ٧٢) : إذا زال العيب القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه وإن زال بعد أخذ الأرش رده إليه .

(مادة ٧٣) : إذا حدث عيب لايعرف القديم إلا به رد المبيع بالقديم قهراً ، ولا أرش على المشترى بالعيب الحادث .

(مادة ٧٤) : إذا ظهر عيب فى المبيع أو فى بعضه وأريد الرد رد المبيع كله حيث كانت الصفقة واحدة . فإن تعددت الصفقة بتعدد البائع أو بتعدد المشترى ، أو بتفصيل الثمن فللمشترى رد المعيب وحده .

(مادة ٧٥) :

(أ) : إذا اختلف العاقدان فى قدم العيب وحدوثه ، صدق المشترى بلا يمين إذا لم يمكن إلا قدم العيب . وصدق البائع بلا يمين إذا لم يمكن إلا حدوث العيب .

(ب) : إما إذا أمكن قدم العيب وحدوثه :

١ — فإن ادعى المشترى حقه فى الرد وأنكر البائع هذا الحق صدق بيمينه .

٢ — وإن ادعى البائع عدم وجود العيب عند القبض لزمته البينة .

(مادة ٧٦): إذا رد المشترى المبيع بعيب قديم فزيادته المتصلة به تتبعه فى الرد، ولاشىء على البائع بسببها .

أما المنفصلة عن المبيع التى حدثت بعد العقد فهى للمشترى إن رد المبيع بعد القبض أو قبله . إلا إذا تسببت المنفصلة فى نقص أصلى فليس للمشترى الرد ويرجع بالأرش .

(مادة ٧٧) : استخدام المبيع ووطء الثيب الواقعان من المشترى بعض القبض أو قبله لا يمنعان الرد . ولامهر على المشترى فى الوطء .

(مادة ٧٨) : إذا وقع تغرير فعلى فى المبيع ثبت للمشترى الخيار فور الأطلاع على العيب .

(مادة ٧٩) : يأخذ الثمن المعين حكم المثمن فى جميع ماتقدم من من الأحكام .

(مادة ٨٠) إذا فسخ المشترى قبل علمه بالعيب الحادث ثم ظهر العيب الحادث للبائع بعد الفسخ فله الحق فى إبطال الفسخ .

(مادة ٨١) : يجوز لأحد المتعاقدين أو لورثته بعد موته إقالة الطرف الآخر من البيع، فإذا اختلفا فى الثمن بعد الإقالة صدق البائع وإن اختلفا فى وقوع الإقالة صدق منكرها .

الباب الثالث

فى حكم المبيع قبل القبض وبعده
من حيث الضمان وعدمه

(مادة ٨٢) : يترتب على البيع الصحيح آثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشترى ، وانتقال ملك الثمن إلى البائع، حتى لو غاب العاقد أو فقد بعد ذلك لايؤثر فى صحة البيع وتمامة .

* * *

الفصل الأول

حكم المبيع قبل قبضه :

(مادة ٨٣) : المبيع قبل قبضه من ضمان البائع :

(مادة ٨٤) :

(أ) : إذا تلف المبيع بآفة سماوية أو أتلفه البائع انفسخ المبيع وسقط الثمن ، ولايبرأ البائع من هذا الضمان بإبراء المشترى إياه .

(ب) إذا أتلفه الأجنبى خير المشترى بين إمضاء البيع وتغريم الأجنبى أو الفسخ ويغرم البائع الأجنبى .

(ج) : أما إذا اتلفه المشترى فإنه يكون قابضاً له .

(مادة ٨٥) : إذا تعيب المبيع قبل القبض :

(أ) : فإن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع ثبت الخيار للمشترى بين إمضاء البيع وفسخه . فإن أمضاه فبالثمن ولا أرش للعيب .

(ب): وإن كان بفعل الأجنبى ثبت الخيار للمشترى ، فإن أمضى البيع غرم الأجنبى الأرش بعد قبض المشترى للمبيع ، وإن فسخ غرم البائع الأجنبى .

(ج) : وإن كان بفعل المشترى فلا خيار له بهذا العيب .

(مادة ٨٦) :

(أ) :لايصح من المشترى بيع المبيع قبل قبضه عقاراً كان أو منقولا ، وإن إذن البائع فى البيع وقبض الثمن .

والإجارة والرهن والهبة وجميع التصرفات عدا الإعتاق تأخذ حكم البيع فيما تلف .

(ب) : ويصح بيعه للبائع بعين الثمن إن كان باقيا أو بمثله إن كان تالفاً أو فى الذمة ، ويكون إقالة بلفظ البيع .

(مادة ٨٧) : الثمن المعين يأخذ حكم المبيع فيما تقدم .

الفصل الثانى

قبض المبيع :

(مادة ٨٨) :

(أ) : إذا كان الثمن فى الذمة جاز الاستبدال فيه .

فإن استبدل موافقا فى علة الربا اشترط قبض البدل فى المجلس ولايشترط تعيينه . وإن استبدل غير موافق فى علة الربا ، لايشترط القبض فى المجلس .

(ب) : والقبض وبدل المتلف يأخذ حكم الثمن فى الذمة .

(مادة ٨٩) : للشخص بيع ماله الذى فى يد غيره أمانة مالم يتعلق به حق أوعمل ، ومثله المضمون ضمان يد .

(مادة ٩٠) : بيع الدين بدين باطل ، وبيعه بعين صحيح ، بشرط كون الدين حالا مستقرا مع كون المدين مليئا مقراً بذلك الدين .

(مادة ٩١) : قبض المبيع فى كل شىء بحسبه ، فقبض العقار يكون بتخليته للمشترى ، وتمكينه من التصرف ، بشرط فراغه من أمتعة تحت يد البائع حسب العرف فى ذلك .

وقبض المنقول تحويله إلى مكان لا يختص به البائع فإن جرى بمكان اختص به البائع اشترط إذنه فى ذلك ، ويكون مميزا للبقعة حينئذ .

فإن كان المبيع غائبا اعتبر مع ذلك مضى زمن يمكن الوصول إليه .

ويجب فيما بيع مقدرا بكيل أو وزن أو ذرع أو عد تقديره حسب ماتعاقدا عليه .

وكل مايلحق بالمبيع عرفا يأخذ حكم المبيع مالم ينص على خلافه .

(مادة ٩٢) : للمشترى قبض المبيع من غير إذن البائع إذا كان الثمن مؤجلا وإن حل الأجل أو كان حالا وسلمه لمستحقه .

أما إذا كان الثمن حالا ولم يسلمه فليس له الاستقلال بالقبض ، فإن فعل ضمن وعليه الرد حتى يستوفى البائع الثمن ، ولا ينفذ تصرفه فيه .

(مادة ٩٣) :

(أ) يشترط فى قبض المبيع الرؤية كما فى المبيع :

١ ــ فتكون الرؤيه قبل القبض فيما لا يتغير إلى وقت القبض .

٢ ــ وتكفى رؤية الوكيل فى القبض وإن لم يره الموكل .

(ب) لو أتلف المشترى المبيع بعد قبضه بلا رؤية كان قبضا .

(مادة ٩٤) : أجرة النقاد(الخبير) المنتدب لنقد المبيع (لخصه) على المشترى والمنتدب لنقد الثمن على البائع .

(مادة ٩٥) :

(أ): أجرة القدير وإحضار الغائب فى المبيع أو الثمن على الموفى بائعا أو مشتريا .

(ب) : وأجرة النقل والتحويل المفتقر إليه القبض على البائع فى الثمن وعلى المشترى فى المبيع .

(ج): وأجرة الدلال فى المبيع على البائع فإن شرط خلاف ما تقدم فسد العقد .

(مادة ٩٦) : إذا كان الثمن فى الذمة وكان حالا واختلف المتبايعان فيمن يبدأ بالتسليم منهما أجبر البائع . وإذا كان الثمن معيناً أجبرا .

عدم وفاء المشترى بالثمن :

(مادة ٩٧) : إن سلم البائع المبيع بإجبار أو بدونه ولم يدفع المشترى الثمن فيكون الحكم بالنسبة للثمن كالآتى :

١ — إن كان الثمن حاضراً أجبر المشترى على تسليمه وليس للبائع الفسخ .

٢ — إذا لم يكن الثمن حاضراً :

(أ) : فإن كان المشترى معسرا ، فللبائع الفسخ واسترداد المبيع بشرط حجر الحاكم على المشترى .

(ب) : إن كان المشترى موسرا وماله فى بلد البائع أو بمسافة قريبة حجر عليه فى أمواله كلها حتى يسلم الثمن للبائع .

(جـ) : أما إن كان مال المشترى بمسافة القصر فللبائع الفسخ واسترداد المبيع . فان قبل الصبر حتى يحضر له المشترى الثمن حجر على المشترى فى أمواله كلها حتى يسلم الثمن للبائع .

(مادة ٩٩) : لكل من العاقدين حبس عوضه الحال بالإصالة إن خاف فوته حتى يقبض مقابله . أما المؤجل وإن حل فليس لأحدهما حبس مقابله حتى يقبضه .

الباب الرابع
في ألفاظ يتبعها غير مسمياتها لغة

التولية والإشراك — والمرابحة والمحاطة
وبيع الأصول والثمار وغيرها

الفصل الأول

التولية والإشراك والمرابحة والمحاطة :

عقد التولية :

(مادة ١٠٠) :

(أ) للمشترى بعد قبضه المبيع ولزوم العقد أن يولى غيره عقد البيع إذا كان عالما بالثمن جنسا وقدرا وصفة .

(ب) تنعقد التولية بلفظ يدل عليها إيجابا وقبولا .

(مادة ١٠١) :

(أ) يلزم المتولى مثل الثمن جنسا وقدرا وصفة إذا كان الثمن مثليا ولم ينتقل المبيع إلى المتولى .

(ب) فإن كان مثليا وانتقل المبيع إلى المتولى أو كان الثمن متقوما فلايصح عقد التولية إلا على عينه .

(ماده ١٠٢) :

عقد التولية بيع فى شرطه وترتب أحكامه غير أنه لايحتاج إلى ذكر الثمن اكتفاء بالعلم به .

(مادة ١٠٣) :

(أ) إذا حط شىء من الثمن عن المولى قبل التولية فلايصح عقد التولية إلا بالباقى .

(ب) إذا حط الثمن أو شىء منه عن المولى بعد التولية انحط عن المتولى .

(جـ) إذا حط الثمن كله عن المولى قبل التولية فلا يصح التولية أصلا .

عقد الاشراك :

(مادة ١٠٤) :

(أ) يجوز للمشترى بعد لزوم البيع وقبض المبيع أن يدخل شريكا له فى المبيع .

(ب) وتحصل هذه الشركة بلفظ يدل عليها .

(ج) وعلى المشترى تحديد ما أشركه به ، فلو اطلق صح العقد وكان مناصفة بينهما .

(مادة ١٠٥) : يأخذ الإشراك فى المبيع حكم التولية فى جميع أحكامها .

(مادة ١٠٦) للشريك الرد بالعيب على المشترى وللمشترى أن يرد على البائع .

عقدا المرابحة والمحاطة :

(مادة ١٠٧) :

(أ) للمشترى بيع ما اشتراه بزيادة محددة أو معينة بنسبة من الثمن الذى استقر عليه العقد ولزم به . كما يجوز له ترك جزء من الثمن محدود أو معين بنسبة منه .

(ب) لاحاجة إلى ذكر الثمن فى المرابحة والمحاطة اكتفاء بعلم المشترى به .

(مادة ١٠٨) : إذا جرى العقد فى المرابحة أو المحاطة بلفظ « بعتك بما اشتريت » لم يدخل فيه سوى الثمن الذى استقر عليه العقد ولزم به . وإذا جرى بلفظ « بما قام على » دخل فيه ما تحمله من مصاريف ومؤن انفقت بقصد الاسترباح دون ما أنفق بقصد

الاستبقاء أو ماعمله المشترى بنفسه أو عمل له تبرعا فإنه لايدخل حينئذ إلا أن ينص عليه .

(مادة ١٠٩) :

(أ) إذا زاد البائع بالمرابحة أو المحاطة فى الثمن أو ماقام عليه سقطت الزيادة ويعدل الربح والحط تبعا لذلك ولاخيار للمشترى .

(ب) ويثبت للمشترى الخيار إذا ثبت كذب البائع فى الاخبار بالأجل أو العيب أو شىء مما يجب ذكره .

الغلط فى العقود الثلاثة :

(مادة ١١٠) إذا ادعى البائع فى أحد العقود المتقدمة وبعد العقد غلطا فى الثمن فيكون الحكم كالآتى :

١ — إن صدقه المشترى فى ذلك فالبيع صحيح ولا تثبت الزيادة وللبائع الخيار .

٢ — إن كذبه المشترى ولم يبين هو لغلطه وجها محتملا لم يقبل قوله ولا بينته ، وله تحليف المشترى أنه لا يعرف ذلك ، فإن حلف أمضى العقد على ماحلف عليه ، وإن نكل عن اليمين ردت على البائع . وصار للمشترى الخيار بين إمضاء العقد على ماحلف عليه البائع و بين فسخه .

٣ — أما إن بين لغلطه وجها محتملا فله التحليف وتسمع بينته التى يقيمها بالزيادة .

الفصل الثانى

بيع الأصول والثمار وغيرها

١ — بيع الأرض :

(مادة ١١١) إذا بيعت الأرض تبعها مافيها من بناء وشجر وما يجز وتؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى .

(مادة ١١٢) يصح بيع الأرض المزروعة بما لا يتبعها فى البيع . وللمشترى الخيار إن جهل الزرع . وفى حالة إمضاء العقد ، يحصل القبض وينتقل الضمان بالتخلية ولا أجرة للمشترى عن بقاء الزرع إلى حصاده .

(مادة ١١٣) البذر الذى لاثبات لنباته يأخذ حكم الزرع الذى لايدخل فى بيع الأرض فى كل ماتقدم .

(مادة ١١٤) إذا بيعت أرض مع بذر أو زرع لايفرد بالبيع بطل فى الجميع .

(مادة ١١٥) :

(أ) يدخل فى بيع الأرض ما كان مخلوقا فيها دون المدفون .

(ب) لمشترى الأرض التى بها مدفون الخيار إن جهل المدفون وكان فى القلع إضرار .

(مادة ١١٦) تجب على البائع أجرة المثل مدة نقل المدفون من الأرض المبيعة إن نقل بعد القبض لا قبله .

(مادة ١١٧) يدخل فى المبيع مايندرج تحت اسمه عرفا أو كان ثابتا متصلا به .

٢ — بيع الأشجار

(مادة ١١٨) :

(أ) يصح بيع الشجر بشرط القلع أو الإبقاء للشجرة الرطبة .

(ب) ولايدخل المغرس فى حالة إبقاء الشجرة الرطبة ويستحق المشترى منفعته مابقيت تلك الشجرة .

(مادة ١١٩) :

(أ) إذا اشترط أن تكون ثمرة النخل أو الشجر المبيع للبائع أو للمشترى عمل بالشرط .

(ب) وإذا لم يكن هناك شرط تكون الثمرة للمشترى إذا لم يتأبر (لم يتلقح) منها شيء . وتكون للبائع إن حصل تأبير ولو للبعض .

(مادة ١٢٠) :

(أ) إذا كان الشجر مما يخرج ثمره بلا نور ، فللبائع ثمرة إن برز وإلا فللمشترى .

(ب) أما إن كان الثمر مما يخرج فى نوره فهو للمشترى إن سقط النور ولم تنعقد الثمرة ، وكذا إذا انعقدت ولم يتناثر النور ، وهو للبائع إن انعقدت وتناثر النور .

(مادة ١٢١) : إذا كان بائع الشجرة مستحقا لثمرتها لزمه القطع إذا شرط فإن لم يشرط القطع كان له تركها إلى وقت الجذاذ .

(مادة ١٢٢) :

(أ) لكل من بائع الشجرة المستحق لثمرتها ولمشترى الشجرة السقى إن انتفع به الشجر والثمر ولامنع للآخر .

(ب) وإن ضرهما السقى لم يجز إلا برضاها .

(ج) وإن ضر أحدهما وتنازعا فسخ العقد إلا أن يسامح المتضرر .

٣ — بيع الثمار والزروع :

(مادة ١٢٢) :

(أ) يجوز بيع الثمر والزرع بعد بدو صلاحه مطلقا .

(ب) لايجوز بيع الثمر منفرداً عن الشجر قبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع مع إمكان الانتفاع به .

(مادة ١٢٤) لايصح بيع الزرع الأخضر فى الأرض إذا لم يبد صلاحه إلا بشرط قطعه .

(مادة ١٢٥) يشترط لبيع الزرع الأخضر وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود من الحب والثمر .

(مادة ١٢٦) إذا بيع مابدا صلاحه من ثمر أو زرع لزم البائع سقيه قبل التخلية وبعدها حتى يتم نضجه وثمره ويسلم من التلف .

(مادة ١٢٧) الثمر أو الزرع المبيع قبل التخلية من ضمان البائع وهو من ضمان المشترى بعد التخلية .

(مادة ١٢٨) إذا تغيب الثمر والزرع المبيع بترك البائع السقى فللمشترى الخيار .

(مادة ١٢٩) الثمر والزرع المبيع قبل بدو صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع المشترى حتى هلك يكون ضمانه عليه .

(مادة ١٣٠) إذا بيع ثمر أو زرع بدا صلاحه ولو لبعضه وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود لم يصح البيع إلا بشرط القطع .

(مادة ١٣١) إذا بيع ثمر أو زرع بدا صلاحه ولو بعضه وكان يغلب تلاحقه أو يندر اختلاطه ثم حصل اختلاط قبل التخلية لا ينفسخ البيع ولكن يكون للمشترى حق الخيار . ويسقط خياره إن سمح له البائع بما حدث .

(مادة ١٣٢) بيع المحاقلة باطل . وهو بيع الحنطة فى سنبلها بصافية من التبن .

(مادة ١٣٣) بيع المزابنة باطل . وهو بيع الرطب على النخل بتمر .

٤ — بيع العرايا :

(مادة ١٣٤) بيع العرايا صحيح بشرط التقابض وفيما دون خمسة أوسق . والعرايا لاتجوز إلا بين زبيب وعنب و بين رطب وتمر .

الباب الخامس
التحالف عند اختلاف المتبايعين

(مادة ١٣٥) إذا اتفق المتبايعان على صحة البيع ثم اختلفا فى كيفيته أو صفته أو الأجل أو قدره أو قدر المبيع ولا بينة لأحدهما ، أو لكل منهما بينة وتعارضتا تحالفا ويكون تحالف المتبايعين عند الحاكم ، ويحلف كل منهما على نفى قول صاحبه وإثبات قوله ويبدأ بالبائع .

ويكفى كل واحد يمين تجمع نفيا وإثباتا ويقدم النفى وإذا تم التحالف لا ينفسخ به العقد فإن تراضيا على ماقاله أحدهما بقى العقد وإلا فيفسخ .

(مادة ١٣٦) إذا فسخ العقد يلزم المشترى رد المبيع إن كان باقيا فى ملكه وعلى البائع رد الثمن فإن تلف لزمته قيمته يوم التلف إن كان متقوماً وإن زادت على ثمنه .

(مادة ١٣٧) إذا فسخ العقد وتعيب المبيع رده المشترى مع أرشه .

(مادة ١٣٨) اختلاف ورثة المتبايعين أو وارث أحدهما مع الآخر كاختلاف المتبايعين فيما يترتب من أحكام .

(مادة ١٣٩) إذا اختلف المتعاقدان فى العقد بأن ادعى المالك البيع وادعى الآخر الهبة حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر . وإذ حلفا رده مدعى الهبة .

(مادة ١٤٠) إذا أدعى أحد المتبايعين صحة العقد وادعى الآخر فساده ، صدق مدعى الصحة بيمينه .

(مادة ١٤١) إذا قبض المشترى مبيعا فى العقد وأبدله بمعيب ليرده فأنكر عليه البائع تصرفه ، صدق البائع بيمينه .

(مادة ١٤٢) إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى نقصه بمقدار يحصل به التفاوت عادة فى الكيل أو الوزن ، صدق المشترى بيمينه ان لم يتلف المبيع وإلا صدق البائع .

(مادة ١٤٣) إذا اختلف المتبايعان فى قبض الثمن صدق المشترى بيمينه .

(مادة ١٤٤) إذا ظهر بعد القبض بالمبيع عيب ارجعه كل منهما إلى الآخر صدق البائع بيمينه .

الباب السادس
حكم معاملة الرقيق

(مادة ١٤٥) :

(أ) لايصح اشتغال العبد بالتجارة إلا بعد إذن سيده .

(ب) إن وقع الشراء من العبد بغير إذن سيده وللبائع طلب رد المبيع سواء كان المبيع فى يد العبد أم فى يد سيده .

(ج) إن تلف المبيع فى يد العبد تعلق الضمان بذمته فيطالب به بعد العتق وإن تلف فى يد السيد ضمنه السيد ، وللبائع مطالبة العبد بعد عتقه إن لم يف السيد .

(د) واقتراض العبد كشرائه فى جميع ماتقدم .

(مادة ١٤٦) إذا أذن السيد للعبد فى التجارة تصرف بحسب الإذن ويتناول الإذن فى التجارة ماهو من لوازمها وتوابعها . ولاينعزل العبد بإباقه .

(مادة ١٤٧) ليس للعبد معاملة سيده بيعا وشراء .

(مادة ١٤٨) يكون إذن السيد للعبد بالتجارة باللفظ الصريح الدال على ذلك ، ولا يجوز لشخص معاملة العبد إلا إذا علم الإذن له من سيده بسماع أو إقرار أو بينة أو شيوع بين الناس .

(مادة ١٤٩) يقبل إقرار العبد المأذون له فى التجارة بديون معاملة التجارة ، فيلزم بها السيد .

(مادة ١٥٠) إذا باع العبد المأذون له فى التجارة سلعة مما فى يده ، وقبض ثمنها فتلف الثمن فى يده ثم بانت السلعة مستحقة للغير فالثمن فى ذمة العبد يطالب به بعد عتقه وللمشترى مطالبة السيد أيضاً .

(مادة ١٥١) لا يتعلق دين التجارة برقبة العبد المأذون له فيها ولا ذمة سيده مادام للتجارة أصل وربح . فإن عجزت التجارة تعلقت بذمة العبد بعد عتقه ، فإن عجز طولب السيد .

الباب السابع
كتاب السلم

(مادة ١٥٢) السلم بيع شيء موصوف فى الذمة بلفظ السلم أو السلف .

(مادة ١٥٣) يشترط فى السلم تسليم رأس المال فى المجلس والمعتبر القبض الحقيقى ، فلا تكفى الحوالة به ولا عليه .

ويجوز أن يكون رأس المال منفعة وتقبض بقبض العين .

(مادة ١٥٤) إذا فسخ عقد السلم بسبب يقتضيه وكان رأس المال باقيا ولم يتعلق به حق للغير استرد بعينه .

(مادة ١٥٥) رؤية رأس المال فى عقد السلم تكفى عن معرفة قدره .

(مادة ١٥٦) يجب أن يكون المسلم فيه دينا لا عينا ولا يصح أن يكون المسلم فيه من معين .

(مادة ١٥٧) :

(أ) يشترط لصحة عقد السلم بيان مكان التسليم إذا كان مكان

العقد غير صالح للتسليم مطلقا أو كان صالحا له ولحمله إليه مؤنة في المؤجل .

(ب) أما ان كان صالحا للتسليم وليس لحمله مؤنة وكان السلم حالا مطلقا ولحمله إليه مؤنة أم لا فإنه يتعين مكان العقد مكانا للتسليم مالم يتفقا على غيره .

(مادة ١٥٨) يصح أن يكون المسلم فيه حالا ومؤجلا ويشترط في المؤجل العلم بالأجل .

(مادة ١٥٩) يشترط أن يكون المسلم فيه مقدورا على تسليمه عند وجوب التسليم .

(مادة ١٦٠) يشترط كون المسلم فيه معلوم المقدار بمقاييس معتادة كيلا أو وزنا أو ذرعا أو عدا .

(١٦١) يشترط أن يكون المسلم فيه مماينضبط بالأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافا ظاهرا وأن تذكر في المقصد على وجه لايؤدى إلى عزة الوجود وأن تكون معروفة للعاقدين وغيرهما .

(مادة ١٦٢) إذا لم ينص في العقد على الجودة أو الرداءة من أوصاف المسلم فيه حمل على الجيد .

(مادة ١٦٣) لايصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه .

(مادة ١٦٤) يجوز إعطاء أردأ من المشروط ولا يجب على المسلم قبوله .

ويجوز إعطاء أجود من المشروط ويجب على المسلم قبوله .

(مادة ١٦٥) إذا أحضر المسلم فيه المؤجل قبل وقت حلوله فامتنع المسلم عن قبوله لغرض صحيح لم يجبر على القبول .

(مادة ١٦٦) إذا وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل فى غير محل التسليم لم يلزم المسلم إليه الأداء .

كتاب البيع

تعريف البيع :

مادة (١) :

البيع عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة .

المذكرة الإيضاحية

لما كان البيع من ضروريات الحياة لتبادل السلع والمنافع بين الناس ولتيسير أمورهم وأحوالهم ، تناولته الشريعة الإسلامية ، وأفاض فيه الفقهاء وفتح الله عليهم بما يعود بالخير على من سار على هداها وغض النظر عما عداها .

وقد أورد الفقهاء تعاريف كثيرة للبيع :

منها كما فى مغنى المحتاج : مقابلة مال بمال على وجه مخصوص .

ومنها كما فى نهاية المحتاج : عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشرطه الآتى لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة .

وقد اخترنا ما ذكرناه سابقاً لأنه أوفى بالمقصود كما سيظهر من شرح التعريف. و «عقد» جنس فى التعريف يشمل سائر العقود.

و «معاوضة» بمعنى تبادل المنافع والأعيان بين طرفين، وهى الدافع لكل من المتعاقدين لإبرام عقدهما، خرج بها الهبة والهدية.

كما يخرج «بإفادة ملك عين أو منفعة» الزواج والخلع والصلح عن دم العمد. فإن الزوج لا يملك منفعة وإنما يملك أن ينتفع فقط. والزوجة والجانى لا يملكان شيئاً وإنما يستفيدان رفع سلطة الزوج ومستحق القصاص.

ويدخل بقوله «أو منفعة» بيع حق المرور، فإنه يفيد ملك المنفعة على التأبيد دون ملك العين.

وخرجت الإجارة بقيد «التأبيد» فإن منفعتها مؤقتة وليست دائمة.

وبقوله «لا على وجه القربة» خرج القرض.

وبهذا تتضح لنا الحقيقة المرادة من هذا التعريف.. ويخرج ما عداه من سائر العقود التى ليست بيعاً.

ويطلق لفظ البيع من حيث هو على أمرين:

أحدهما: قسيم الشراء، وهو الذى يشتق منه لمن صدر عنه لفظ البائع. وتعريفه نقل ملك بثمن على وجه الخصوص. والشراء قبول ذلك. على أن لفظ كل منهما يقع على الآخر

تقول العرب « بعت » بمعنى « شريت » وقال تعالى : (وشروه بثمن)(١) أى باعوه ويقال لكل من المتبايعين بائع وبيع ، ومشتر وشار .

والأمر الثانى . العقد المركب من الإيجاب والقبول ، وهو لغة : مقابلة شىء بشىء ، وشرعاً : ما ذكر فى المادة السابق شرحها .

والأصل فيه قبل الإجماع :

قوله تعالى (وأحل الله البيع)(٢)

وأخبار ... كخبر: « وسئل النبي صلى الله عليه وسلم: أى الكسب أفضل ؟

فقال : عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور أى لا غش فيه ولاخيانة » : (رواه الحاكم) .

أطراف البيع :

والكلام فى البيع ينحصر فى أطراف :

١ — الصحة والفساد : وعقدوا له باب الأركان والشروط ومنه باب الربا .

٢ — الجواز واللزوم : وعقدوا له باب الخيار .

٣ — حكم المبيع قبل القبض وبعده من حيث الضمان وعدمه .

---

(١) يوسف ٢٠ . (٢) البقرة ٢٧٥

وعقدوا له باب المبيع قبل القبض من ضمان البائع إلى آخره .

٤ — ألفاظ يتبعها غير مسماها لغة . وعقدوا له أبواب الأصول والثمار والتولية والإشراك ، والمرابحة والمحاطة .

٥ — التحالف . وعقدوا له باب اختلاف المتبايعين .

٦ — حكم معاملة العبيد .

٧ — وقد رأينا أن نضيف بابا سابعاً إلى هذه الأطراف خاصا بالسلم . لأن البيع إما أن يكون بيع عين مشاهدة المتبايعين ، أو بيع شيء موصوف فى الذمة بلفظ السلم أو السلف[1] .

(١) حاشية القليوبى على المنهاج ج ٢ ص ١٥٢ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٦١ البيجورى على الخطيب ج ٣ ص ٢ .

الباب الأول

الصحة والفساد

والكلام على الطرف الأول وهو ما يتعلق بالصحة والفساد يستلزم ذكر الأركان وشروط كل ركن . فالأركان ثلاثة إجمالا ، ستة تفصيلا :

عاقد : بائع ومشتر .

معقود عليه : ثمن ومثمن :

صيغة : إيجاب . . وقبول .

* * *

الفصل الأول

أركان البيع

الصيغة :

مادة (٢) :

ينعقد البيع بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول من المتعاقدين .

المذكرة الإيضاحية

الايجاب والقبول هما المعبران عن مقصود البيع ، ولذلك جعل تمام البيع متعلقا بالقول الأخير منهما ، ويحكم عليه بالصحة إذا استوفى شروطه[1] .

* * *

الإيجاب :

مادة (٣) :

الإيجاب يكون من البائع وهو مايدل على التملك بعوض دلالة ظاهرة .

المذكرة الإيضاحية

أولا — الصيغة بركنيها الإيجاب والقبول :

إما أن تكون صريحة : وهى ما كانت ألفاظا لا تحتمل غير البيع كبعت هذا واشتريته بكذا .

وإما أن تكون كناية : وهى ما تحتمل البيع وغيره وتحتاج إلى النية كـ « جعلته لك » أو « خذه » أو «تسلمه» أو «سلطتك عليه بكذا»

(١) نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٣٦٢ .

ومن الكناية : الكتابة على ورق ونحوه مما تظهر الكتابة عليه واضحة ، فتحتاج إلى النية إذ ربما تكون لتحسين الخط أو بإملاء ليس معها قصد البيع . وتعلم النية بالتلفظ أو الكتابة أو الاشارة أو غيرها .

(ثانيا) والإيجاب ما يدل على التمليك دلالة ظاهرة باللفظ ك « بعتك هذا الكتاب بدينار » أو « هذا الكتاب مبيع منك بدينار » أو « بائعه لك » أو « هذا الكتاب لك بدينار » متلفظا بذلك أو كاتبا له مع النية . ذلك ، أن عرضه المبيع على المشترى فى مقابل الثمن الذى سيأخذه منه مقترنا بشيء مما تقدم ، وهذا دليل ظاهر على رضاه بنقل الملك إلى المشترى فى نظير الثمن الذى سيعوضه البائع عما يملكه . وهذا مأخوذ من قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[١] وقوله عليه الصلاة والسلام « إنما البيع عن تراض » فإذا كان الرضا أمرا خفيا لا يطلع عليه أحد فقد نيط الحكم بسبب ظاهر وهو ما تكفل ركن الايجاب ببيانه والكشف عنه ، وكذلك الأمر فى القبول المذكور فى المادة التالية[٢] .

* * *

القبول :

مادة (٤) : القبول يكون من المشترى وهو ما يدل على التملك دلالة ظاهرة .

---

(١) النساء ٢٩٠

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣ حاشية الشبراملسى ج ٢ ص ٣٦٣ .

القبول ما يدل على رضا المشترى ورغبته فى تملك المبيع وفق ما أبداه البائع فى إيجابه مما يتعلق بالبيع من ثمن ونحوه . وبصدور القبول قبل عدول البائع عن إيجابه يتم العقد ، وبهذا يصبح القبول رابطا اعتباريا كما هو معلوم شرعا .

ويحصل القبول بلفظ اشتريت وتملكت وقبلت لأن هذه الألفاظ تدل دلالة ظاهرة على التملك ، وكذلك ما يؤدى هذا المعنى ويفيد ذلك الغرض ، ومثلها فى الدلاله « نعم » من المشترى فى جواب قول البائع « اشتريت كذا بكذا ؟ » وعلى هذا فلا يصح البيع بدون إيجاب وقبول ، حتى أنهما يشترطان فى عقد تولى الأب طرفيه كالبيع لما له من طفله وعكسه ، فلا يكفى أحدهما وإن كان العاقد واحدا[1] .

* * *

شروط الإيجاب والقبول :

مادة (٥) :

يجوز تقدم لفظ المشترى على لفظ البائع .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣ ونهاية المحتاج ، وحاشية الشبراملسى جـ ٣ ص ٣٦٣ .

المراد من هذا أنه لا يلزم ترتيب بين الإيجاب والقبول ، فليس بضرورى أن يكون الإيجاب أولا والقبول ثانيا ، وعلى هذا يجوز أن يقدم المشترى القبول ولو بلفظ « قبلت بيع هذا بكذا » وكذلك لو قال « بعنى » أو اشتريت هذا بكذا فقال البائع « بعتك » ينعقد البيع فى الأظهر من قولى الشافعى ، لدلالة ذلك على الرضا فلا يحتاج بعده لنحو « اشتريت » أو « ابتعت » لأن الرغبة هنا واضحة بخلاف « أتبيعنى ؟ واشتريت منى ؟ وتشترى منى ؟ فإن الصيغة هنا غير واضحة فى استبانة الرغبة والبيع محتمل ، ومقابل الأظهر لا ينعقد البيع إلا إذا قال بعد ذلك « اشتريت » أو « قبلت » .

وهذا بخلاف النكاح فإن المذهب فيه القطع بالصحة ولا يأتى فيه الخلاف ، لأن النكاح غالبا تسبقه خطبة فيتخلف فيه توجيه مقابل الأظهر .

* * *

مادة (٦) :

يجب أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ولو معنى ، وأن يتصل بالإيجاب وأن يصر البادىء على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول مع بقاء أهليته[١] .

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى جـ ٢ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ جلال الدين المحلى وحاشية عميرة جـ ٢ ص ١٥٣ .

لأجل أن يتم البيع ويكون صحيحا فى نظر الشارع يلزم موافقة القبول للإيجاب ولو بالمعنى من حيث الجنس والنوع والصفة والعدد والحلول والأجل .

فإن اختلف نص اللفظ ووافق فى المعنى لا يضر كما لو قال « بعتك » فقال « اشتريت » وأما إذا اختلف المعنى فإنه يضر . فإذا قال « بعتك بألف مكسرة » فقال « قبلت بألف صحيحة » أو عكسه أو « بعتكه بألف » فقبل بألف وخمسمائة أو بألف فقبل بخمسمائة أوقبل بعض المبيع أو قبل نصيب أحد البائعين كأن قالا : « بعناك منزلنا بألف » فقبل نصيب أحدهما لم يصح ، وإن كان للقفال رأى بجواز صحة صورة ألف وخمسمائة عند العرض بألف .

وإذا تخلل بين الإيجاب والقبول سكوت يعتبر فاصلا بأن كان فوق سكتة التنفس ، فإن كان طويلا ضر لأن طول الفصل يخرج الثانى عن أن يكون جوابا عن الأول ، والطويل ما أشعر بإعراضه عن القبول ، بخلاف اليسير لعدم إشعاره بذلك :

ويضر تخلل كلام أجنبي ولو يسيرا بين الإيجاب القبول ، وإن لم يتفرقا عن المجلس لأن فيه إعراضا عن القبول .

وظاهر كلامهم أنه لا فرق فى ذلك بين من يريد أن يتم العقد وغيره ، كما يؤخذ من كلام القاضى حسين ، والمراد بالكلام ما يشمل الكلم والكلمة لا المصطلح عليه عند النحاة .

وغير الأجنبي لا يضر ، وفسر الأجنبي فى الأنوار بأن لا يكون من مقتضى العقد ولا من مصالحه ، ولا مستحباته .

وإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، أوخرج عن الأهلية قبل القبول كذلك زال أثر الايجاب ولا يترتب[1] عليه حكمه .

* * *

مادة (٧) :

يجب أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع وأن يتلفظ به كل منهما بحيث يسمعه من يقربه[1] .

المذكرة الإيضاحية

البيع معروف للمتعاقدين ولذلك اقدم عليه كل منهما وأبدى رغبته فى المبادلة المقصودة منه كما سبق فى المادة (١) عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة .

وهذا المعنى لابد وأن يقصده كل من المتعاقدين بأن يقصد كل منهما اللفظ لمعناه فلا ينعقد البيع مع سبق اللسان ، ولا من أعجمى لقنه عربى لفظ البيع بدون أن يفهمه المعنى المشتمل عليه اللفظ .

---

(١) مغنى المتحاج جـ ٢ ص ٦ ، ٧ نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى جـ ٢ ص ٢٧٠ ، جلال الدين المحلى جـ ٢ ص ١٤٥ .

وهل ينعقد من الهازل ؟ وجهان: أصحهما، ينعقد قياسا على الطلاق لفهمه مدلول لفظ البيع ولا عبرة بهزله . والثـانى ، لا ينعقد . وفرق بين البيع والطلاق بأن الطلاق يقبل الإعزار بخلاف البيع فلا إعزار فيه .

كما يشترط لصحة البيع أن يتكلم كل منهما بحيث يسمعه من يقرب به عادة ان لم يكن ثم مانع ولو لم يسمعه الآخر ، وإلا لم يصح ، فلو خاطبه بلفظ البيع وجهر به بحيث يسمعه من يقرب به ولو لم يسمعه صاحبه وقد بلغه غيره صح البيع[1] .

* * *

مادة (٨) :

يجب أن لا يكون العقد مؤقتاً ولا معلقاً بما لا يقتضيه العقد[1]

المـذكـرة الإيضـاحيـة

المراد من البيع ملك العين أو المنفعة على الدوام ، فلا يكون عقد البيع مؤقتا . فلو قال : « بعتكه بكذا شهراً » مثلا لا يصح .

---

(١) حاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٤٥ ، ١٥٥ المجموع جـ ٩ ص ١٧٣ .

وكذلك يجب خلو العقد من أى أمر خارج عن مصلحة العقد ، فلا يكون معلقا بما لا يقتضيه العقد ، فلو قال « إن جاء زيد بعتك كذا » لم يصح ، بخلاف ما إذا علق بما يقتضيه العقد كقوله « بعتك هذا بكذا إن شئت » فقال « اشتريت » أو قال « اشتريت منك هذا بكذا إن شئت » فقال « بعتك » صح . ولا يضر هذا التعليق لأنه تصريح بمقتضى العقد فأشبه ما لو قال « إن كان هذا ملكى فقد بعتكه بكذا » ولو قال فى الجواب « شئت » لم يصح لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك .

ويجرى مجرى « إن شئت » ما فى معناه مثل « إن رضيت » أو « إن أحببت » أو « إن اخترت » أو « إن أردت » . ولو قال « اشتريت منك بكذا» فقال « بعتك إن شئت» لم يصح كما قال الإمام لاقتضاء التعليق وجود شىء بعده ولم يوجد . فلو قال بعده « اشتريت» أو « قبلت » لم يصح أيضا إذ يبعد حمل المشيئة على استدعاء القبول ، فيتعين إرادتها نفسها فيكون تعليقا محضا وهو مبطل ، ولو قال « إن شئت بعتكه » لم يصح لأن فيه تعليقا لأصل العقد وهو ممتنع(١) .

* * *

مادة (٩) :

(١) لا يكون الموجب ملزماً بإيجابه مادام القبول لم يصدر ممن وجه إليه الإيجاب[1] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦ .

(ب) ويبطل الإيجاب بموت الموجب أو بفقد أهليته قبل قبول من وجه إليه[1] .

المذكرة الإيضاحية

[ا] يشير هذا النص إلى أن الإيجاب الصادر أولا من أحد المتعاقدين لا يكون ملزما له مادام الطرف الآخر لم يصدر منه القبول فى مجلس العقد ، فله أن يعدل عن إيجابه سواء أ كان ذلك بالقول أم بالفعل ، كالانصراف من مجلس العقد .

وإسقاط شرط تلفظ به كإيجابه بمؤجل أو إسقاط الخيار فمثل هذا يعتبر عدولا عن الإيجاب .

[ب] وإذا مات من صدر منه الإيجاب أو فقد أهليته بأن جن او أغمى عليه قبل قبول الطرف الآخر بطل ذلك الإيجاب ولا يترتب عليه أثر .

وكذلك لو مات المخاطب به قبل قبوله ، فقبل وارثه لم ينعقد .

وكذا لا ينعقد لو قبل وكيله أو موكله كما هو مقتضى كلام الأصحاب وجزم به ابن المقرى خلافا للناشرى القائل بالصحة فى الموكل .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦ .

التعاقد بين غائبين :

مادة (١٠) :

يتم التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة بمجرد قبول الغائب في زمان ومكان اطلاعه على الرسالة ، وله الخيار ممتداً إلى آخر مجلس قبوله . ويثبت الخيار للبادئ منهما ممتداً إلى أن يفارق صاحبه مجلس قبوله ما لم يختر هو لزوم العقد .

المذكرة الإيضاحية

كما يتم عقد البيع بين حاضرين يتم بين غائبين بطريق المراسلة بمجرد قبول الغائب في زمان ومكان اطلاعه على الرسالة .

ويشترط لصحة البيع بالمراسلة القبول من المرسل إليه حال الاطلاع على الرسالة ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان . فإذا قبل فله الخيار ما دام في مجلس قبوله ويثبت الخيار للمرسل ممتدا إلى أن ينقطع خيار صاحبه ما لم يختر هو لزوم البيع . وإذا رجع المرسل عن الإيجاب قبل مفارقة المرسل إليه مجلسه صح رجوعه ولم ينعقد البيع ، ويعلم ذلك بضبط المكتوب إليه زمن انتهاء مجلس قبوله ويضبط الكاتب زمن رجوعه .

ويصح البيع سواء كان مشافهة أو كتابة ، متى فهم كل منهما مقصود البيع وإن اختلفت لغة المتعاقدين ، ولو أجاد كل منهما لغة الآخر(١) .

* * *

بيع المعاطاة :

مادة (١١) :

كل ما جرت فيه العادة بالمعاطاة وعده الناس بيعاً فهو بيع . وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة لا يكون بيعاً .

المذكرة الإيضاحية

صورة المعاطاة أن يتفقا على ثمن ومثمن ، ويتعاطيا من غير إيجاب وقبول ، وإن وجد لفظ من أحدهما .

فالبيع بها ليس فيه صيغة تامة ، ولا ينعقد بها ، إذ الفعل لا يدل بوضعه ، والمقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد . . فيطالب كل صاحبه بما دفع إليه إن بقى و ببدله إن تلف .

وقال الغزالى : « للبائع أن يتملك الثمن الذى قبضه إن ساوى قيمة ما دفعه لأنه مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض ، هذا فى الدنيا وأما فى الآخرة فلا مطالبة لطيب النفس بها » .

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥٤ المشروع ص ١٤٥ .

والذى تميل إليه النفس ما ذكره النووى فى المجموع : من جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا ، قال مالك : « كل ما عده الناس بيعا فهو بيع » . وممن اختار أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة ، وأن ما عده الناس بيعا فهو بيع ، صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى .

قال المتولى : وهذا هو المختار للفتوى ، لأن ـ الله تعالى ـ أحل البيع ولم يثبت فى الشرع لفظ له . فوجب الرجوع إلى العرف . فكل ما عده العرف بيعا كان بيعا ، كما فى القبض والحرز وإحياء الموات.

وهذا ما ذكرناه فى المادة ، تسهيلا للناس ، لا سيما وأن القول بعدم المؤاخذة بها فى الآخرة مشهور، لتراضى الطرفين .

ويدخل فى المعاطاة كذلك : « البيع بالدفتر لآخر الشهر » ، فكل من البائع والمشترى معلوم له السلعة وثمنها ، وتسجيله فى الدفتر مبنى على التسعيرة المعلومة لهما وللجميع ، أو على علمهما عند استلام المبيع بالثمن المحدد .

أما الأشياء الغالية الثمن : كالمجوهرات والعقارات ، فلا تكفى فيها المعاطاة ، بل لابد من الصيغة واستيفاء الشروط المعروفة فيها ، وإلا فلا تعد بيعا ، قطعا للنزاع وحرصا على المصالح(١).

* * *

(١) (المجموع جـ ٩ ص ١٦٤ — المغنى جـ ٢ ص ٤ — قليوبى جـ ٢ ص ١٥٣ — الشبراملسى جـ ٢ ص ٣٦٤) .

بيع الأخرس :

مادة (١٢) :

إشارة الأخرس تقوم مقام النطق . فإن فهمها الجميع فهى صريحة، ينعقد بها البيع . وإن لم يفهمها إلا الخاصة فكناية ، وينعقد بها البيع كذلك مع النية ، وإن لم يفهمها أحد فلغو .

المذكرة الإيضاحية

إشارة الأخرس بالعقد كالنطق للضرورة ، لأن ذلك يدل على ما فى فؤاده ، كما يدل على النطق من الناطق . وتعتبر الإشارة بالنسبة له هى المعبر عن إرادته ، وهو كإنسان له مطالبه وحاجاته ، فجعلت إشارته قائمة مقام النطق . وهذه الإشارة إن كانت واضحة ومعبرة عن المراد بسهولة ويسر بحيث يفهمها كل أحد فصريحة ، وإن فهمها الفطن فقط فكناية، تحتاج إلى نية تدل عليها ، وتكون بإشارة أخرى لتوضيح المراد .

وإذا كانت الإشارة مبهمة بحيث لا يفهمها أحد لا ينعقد بها بيع لأنها لغو(١) .

* * *

(١) (المغنى جـ ٢ ص ٧ — نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣٧٣ — جلال الدين المحلى والقليوبى جـ ٢ ص ١٥٥) .

ما يؤدى مؤدى الخطاب :

مادة (١٣) :

يغنى عن الخطاب ما يقوم مقامه من إشارة أو تمييز بالاسم لمن كان معه العقد ، ولا يشترط الخطاب فى بيع والد ماله لولده الذى فى ولايته ، وعكسه ، ولا فى البيع مع الواسطة فى ذات المجلس .

المذكرة الإيضاحية

(١) مخاطبة كل من المتعاقدين لصاحبه مما يظهر القصد المراد من العقد ، ويغنى عن الخطاب : اسم الإشارة : كهذا ، أو ما يتميز به كالاسم الظاهر ، كزيد ، والعقد معه لهذا يحدد المراد بالخطاب لكل من المتعاقدين .

(٢) ولا يشترط الخطاب فى بيع ماله لطفله وعكسه ، ولا فى البيع مع الواسطة ، بل لا يصح الخطاب فيهما لأنه خروج بالعقد عمن(١) يقع له التمليك .

* * *

(١) (قليوبى ج ٢ — ١٥٢ — البيجرمى على ابن قاسم ج ٢ ص ٢٧١)

بيع الوالد لولده المحجور عليه :

مادة (١٤) :

يجوز بيع الوالد ماله لولده المحجور عليه ، وعكسه ، وبيع مال أحد محجوريه للآخر ، بشرط القبول فيهما .

المذكرة الإيضاحية

البيع والشراء لا يتحققان إلا بوجود طرفين : بائع ومشتر ، إذ لا يعقل أن يبيع ويشترى الشخص من نفسه ، فإنه لا فائدة تتحقق من هذا . ولكن يتمثل فى أمور محدودة ، فالصبي يجوز لوليه أن يتصرف فى ماله بالبيع لنفسه وعكسه ، وكذلك إذا كان له ولدان بهذه الصفة : يجوز أن يبيع لأحدهما من الآخر ، فيكون هو قائما مقام العاقدين . ومثل الصبي المجنون والسفيه إذا بلغ كذلك .

أما السفيه الذى بلغ رشيدا ، ثم بذر ، فوليه الحاكم ، وليس له هذا التصرف ، لعدم توفر شفقته كشفقة الأب ، حتى لو وكل الحاكم الأب فى هذا البيع لاينعقد ، ولا يجوز ، لأنه يتولى بصفة الوكالة عن الحاكم فى هذه الحالة ، وليس بصفة الأبوة ، فلا يزيد عليه .

والإيجاب والقبول يشترطان كذلك فى مثل هذه الصورة التى يقوم مقام العاقدين فيها شخص واحد هو الأب ، وقيل : يكفى فى هذه

الصورة أحد اللفظين ، وقيل: النية ، قال الأسنوى: « وهو قوى ، لأن اللفظ إنما اعتبر ليدل على الرضا ، ولم يتقيد به » .

وفى المجموع : لأنه لما قام الوالد فى صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين(١) .

* * *

شرط العاقد :

مادة (١٥) :

يشترط فى كل من العاقدين: أن يكون مطلق التصرف ليس به مانع ذاتى، من صبا أو جنون أو سفه حجر عليه به .

المذكرة الإيضاحية

جميع التصرفات يجب أن تكون نافذة قاطعة للخلافات والمنازعات ومنها البيع الذى هو من ضروريات الحياة ومستلزماتها ، يلزم له أن يكون كل من المتعاقدين مطلق التصرف ، فلا يصح البيع من صبى، وإن قصد اختياره، وفيه غبطة له ، ولا من مجنون ، ولا محجور عليه بسفه .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣ نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى جـ ٣ ص ٣٦٣ حاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٥٣ شرح المهذب جـ ٩ ص ١٧٠

وصح من السفيه الذى لم يحجر عليه ، والسكران المتعدى على أظهر الأقوال للشافعى، مؤاخذة له بما حصل منه ، لتعديه . ومن الأمور التى احتاط لها الشارع واعتبرها ليصح بها البيع : أن يكون المشترى مسلما ، إذا كان المباع مصحفا أو كتاب حديث ، أو نحوهما، وذلك صيانة للمصحف وكتب الحديث ونحوها من الوقوع فى أيد الكافر ، فإن فى ذلك إهانة لها .

وكذلك : لا يصح بيع العبد المسلم للكافر، حتى لا تكون له ولاية عليه ، إلا إذا كان يعتق عليه ، ولا بيع آلة الحرب وما يلزمها لصناعتها للحربى، خوف استعمالها ضد المسلمين . ومثل الحربى : الباغى وقاطع الطريق .

وإطلاق التصرف يرجع فيه لمعيار الشرع ، وليس للأهواء الشخصية والكسب الفردى(١) .

* * *

بيع المكره :

مادة (١٦) :

لا ينعقد البيع بالقبول المنتزع بالإكراه بغير حق .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧ ، ٨ الجلال المحلى جـ ٢ ص ١٥٦ حاشية الشبراملسى جـ ٢ ص ٣٧٩ . حاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٥٦ .

لا يصح بيع المكره بغير حق فى ماله ، لقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[1] . ويتحقق الإكراه بما يؤلم المكره أو غيره مماله عليه ولاية ، سواء فى النفس أو الشرف أو المال .

وغير خاف : أنه إذا قصد المكره إيقاع البيع صح البيع لقصده حينئذ .

اما المكره بحق فيصح بيعه كالمدين المماطل فى الوفاء ، فللقاضى بيع ماله بغير إذنه وفاء لدينه .

وإن شاء عزره وحبسه إلى أن يبيعه[2] .

* * *

شرط المعقود عليه :

مادة (١٧) :

يشترط أن يكون المعقود عليه :

١ — طاهر العين .

---

(١) النساء ٢٩

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧ ، ٨ جلال الدين المحلى وحاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٥٦ ، حاشية الشبراملسى جـ ٢ ص ٣٧٩ .

٢ — منتفعاً به انتفاعا مباحا مقصوداً من الوجه الذى يناسبه .

٣ — مقدوراً على تسلمه .

٤ — للعاقد عليه ولاية بملك أو وكالة أَو وصاية .

٥ — معلوما للمتعاقدين علما ينفى الجهالة عنه .

المذكرة الإيضاحية

المعقود عليه فى العقد الشرعى يجب أن يكون موافقا لمقاصد الشرع من المعاملة ، وافيا بمقاصد المتعاقدين من العقد . ويقتضى ذلك أن ينظر أولا إلى نوع العقد ومقصوده : أبيع هو أو إجارة ، ونحو ذلك ، وما يقصده الشرع من هذا النوع من التعامل . فلا يجوز إبرام عقد لا فائدة فيه ، أو لا يؤدى لأغراض الشريعة من العقود ، كما يقتضى النظر ثانيا إلى ذات المعقود عليه فى ضوء مقاصد الشريعة وأهدافها الكلية ، التى تظهر فى تحديدها المعقود عليه واهتمامها به ، ووصفه بشروط تحقق قصدها من البيع ، مع تحقيق رغبة كل من المتعاقدين داخل إطار الحل والإباحة .

(١) فالنجس : لا يصح بيعه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » .

ومثل النجس: المتنجس الذى لا يمكن تطهيره، وذلك كالدهن والزيوت المتنجسة وغيرها من المائعات فى الأصح .

(٢) الرغبة فى الشراء للانتفاع، وحدده الشارع بالمباح سواء كان الانتفاع به حالا أو مآلا، كالدابة الصغيرة التى تعد للركوب بخلاف مالا ينتفع به شرعا، فلا يصح بيعه كآلة اللهو والتماثيل والصور، والدار التى لا ممر لها، ونفاه البائع فى البيع لتعذر الانتفاع بها، بخلاف المحاطة بملك المشترى، فبيعها صحيح، لإمكان النفع . ومما لا يجوز بيعه كذلك: كتب السحر والإلحاد والتنجيم والشعوذة . وصح بيع الثياب المصورة بصور الحيوان وغيره لأن اللبس هو المقصود .

(٣) ولا يتحقق الانتفاع إلا بالتسليم، فإذا لم يكن البائع قادرا على التسليم، كبيع الضال، والآبق، والمغصوب لا يصح بيعه إلا لمشتر قادر على تسلمه بدون مؤنة تكلفه، والطير فى الهواء لا يصح بيعه، وأن تعود العودة إلى محله، لأنه لا يوثق به وصح بيع النحل خارج الخلية إذا كانت أمه وهى المسماة باليعسوب فى الخلية، لأن مرعاه يتوقف على خروجه، فحبسه يضر به . ولا يصح بيع المرهون بغير إذن مرتهنه، ومثله بيع نصف الإناء والسيف المعينين، للعجز عن تسليمه شرعا .

(٤) والعاقد لا يتصرف بالبيع إلا فيما له ولاية عليه، تبيح له هذا التصرف، لحديث: « لا بيع إلا فيما تملك » ومثل المالك : الوكيل

والولى والحاكم فى بيع مال المفلس ، والممتنع من وفاء دينه والملتقط ، والظافر بغير جنس حقه .

أما الفضولى: وهو: البائع مال غيره بغير إذنه ، ولا ولاية له، فبيعه باطل ، لأنه ليس بمالك ولا وكيل ولا ولى ، وفى القديم : أن تصرفه موقوف ، إن أجاز مالكه أو وليه نفذ وإلا فلا ينفذ ، والموقوف الملك ، وأما الصحة فناجزة ، كما نقله الرافعى عن الإمام .

(٥) ويلزم عند عقد البيع معرفة كل منهما بالمعقود عليه ، والعلم به علما كافيا يبعد الجهالة عنه ، لأن بيع المجهول باطل ، وذلك لأن جهالة المعقود عليه تفضى إلى النزاع ، فيمتنع التسليم والتسلم الذى هو مقصود البيع والدافع له ، ولذلك يتعين رؤيته ، والعلم به قبل العقد، حتى لا يوجد غش ولا تدليس .

وليس المراد اشتراط علم المتعاقدين للمعقود عليه من كل الوجوه بل عينا فى المعين، وقدرا وصفة فيما فى الذمة ، كما سيأتى فى المادة رقم (١٨) ، حتى لا يكون هناك الغرر الذى و احتمال أمرين أغلبهما أخوفهما ، أو ما انطوت عنا عاقبته . فلو باع بملء البيت حنطة ، أو بزنة هذه الحصاة ذهبا ، أو بما باع به فلان ولم يعلمه أحدهما ، او بألف دراهم ودنانير ، لم يصح ، للجهل بأصل المقدار فى الثلاثة الأول ، وبمقدار الذهب والفضة فى الأخيرة ، وإنما كان الجهل بالمقدار مضرا : لأن العوض فى الذمة

ومن هذا : يتضح أنه إذا كان الثمن والمثمن فى الذمة لابد من معرفة قدره يقينا ، أعنى كيلا أو وزنا أو ذرعا . فلو كان الثمن معينا ، كأن قال بملء ذا البيت من هذه الحنطة ، صح ، لإمكان الأخذ قبل تلف البيع ، ذكره الرافعى فى جانب المبيع . والمثمن مثله بالأولى ، لجواز الاستبدال فى الثمن دون المثمن ، ومثله مقدار الحصاة وثمن الفرس قبل العقد لأنهما لم يعلما . ولو قال فيه بمثل هذا صح البيع لانتفاء المحذور ، فلابد من علم كل من البائع بالثمن ، وعلم المشترى بالمثمن ، بحيث يزول اللبس والشك فيهما ، فالشىء المشاهد لابد فيه من الرؤية ، لأنها تحسم النزاع فى المستقبل وتكون حجة ودليلا على من يدعى عدم المعرفة بهما . وهذا يؤكد التزام المتعاقدين بنفاذ العقد المتفق عليه ، فلا تضيع المصالح ، ونظرة الشارع لهذا الشرط تحيط العقد بسياج من الطمأنينة والأمان لكل من المتعاقدين .

ويترتب على هذا : أنه إذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب إبطال البيع ، بدعوى عدم علمه به إلا إذا ثبت تدليس البائع .

وقد يغتفر الجهل بالمبيع فى صور ، لضرورة أو مسامحة ، كبيع حصته من ريع الوقف ، أو رزقه من الجيش قبل قبضه ، وكبيع دار له فيها حصة لا يعلم قدرها ، فيصح فى حصته منها ، ولا يصح بيع بعض الدار مطلقا

نعم إن تبين أن ذلك البعض قدر حصته منها فى الواقع ، فيتجه إليه الصحة أخذا مما مر ، وكذلك المقصود لبه ، كالجوز واللوز .

أما السمك فى الماء ، والأشياء التى تغطيها الأرض ، كثمار البطاطس والجزر ، وغيرها مما تستره الأرض فلا يصح لدفع الغرر .

وعلى هذا : لا بد من رؤية المعقود عينا فى المشاهد وقدرا وصفة فى غيره ، فلا يصح بيع المختلط كالقمح بالشعير ولا بيع أحد الثوبين أو الدارين ، وإن تساوت قيمتهما ، للجهل بعين المبيع ، ولا يقال أى غرر فى هذا عند استواء القيمة ، لأنا نقول: لا بد للعقد من مورد يتأثر به على أنه لا يخلو من الغرر لتفاوت الأغراض فى مثل ذلك للمتعاقدين فلا يكفى علم أحد المتعاقدين به .

وكذلك الثمن يلزم معرفة قدره عند عدم الرؤية ، فإذا قال : بعتك هذا ، ولم يذكر الثمن ولا قدره ، فقال المخاطب: اشتريت أو قبلت لم يكن بيعا ، بلا خلاف ، ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل وجهان : أصحهما هذا ، والثانى يكون هبة[1] .

* * *

(١) (مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٠ — ١٧ — جلال الدين المحلى مع حاشيتى قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ١٥٤ : ١٦٦ — نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٢ — شرح المهذب جـ ٩ ص ١٧١) .

العلم بالمعقود عليه :

مادة (١٨) :

يكون العلم بالمعقود عليه بما يناسبه . وتكفى رؤيته عن العلم بقدره متى كان معينا .

المذكرة الإيضاحية

الرؤية فى المبيع المشاهد شرط فى صحة البيع ، وبذلك أصبحت من لوازمه وضرورة من ضروراته . ولما كان المبيع يختلف ويتعدد بتعدد الحاجة واختلاف الزمان والمكان ، لزمت رؤيته رؤية كاملة تنفى الجهالة عنه . وهذه الرؤية تختلف فى أصناف المبيع ، فالعقارات لها رؤية خاصة تستلزم رؤية الحجرات والمنافع العامة والخاصة ، ومقدار المساحة ونوع وجنس ما بنيت به إلى غيرذلك مما هو معروف لذوى الخبرة . وكذلك الأراضى الزراعية لها خصوصياتها كالرى والصرف والتربة والمنافع . والمجوهرات والأقمشة والحبوب والفواكه وغيرها تختلف باختلاف الزمان والمكان عند أهل العرف ، ولذلك اعتبر فى الرؤية رؤية خاصة لكل بيع يحددها أهل الخبرة ، والخاصة ، حتى إذا لم تتحقق هذه الرؤية ينتفى الشرط المطلوب لصحة البيع ويقع البيع باطلا .

إذا كان العوض مشاهدا كفت رؤيته عن العلم بقدره ، ومثله

العوض ، وذلك اعتماداً على التخمين . وكما تغنى المشاهدة عن معرفة القدر تكفى عن معرفة الجنس والنوع ، ولا يحتاج مع المعاينة إلى نحو شم أو ذوق — إلا إن كانت من خواصه كالمسك والخل ، ولا يحتاج إلى معرفة استواء محل الصبرة أو عدمه فإن ظهر ارتفاع أو انخفاض ثبت الخيار لمن لحقه الضرر ؛ فإن رأياه قبل البيع صح ولا خيار ، فإن كان الانخفاض حفرة أعلاها مساو لوجه الأرض فالمبيع مافوق وجهها المساوى لوجه الأرض دون مافيها ولا خيار ، أو كان الارتفاع فوق دكة فوق الأرض فالوجه أنها كالارتفاع المذكور . وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بهذه الدراهم أو هذه الصبرة ولا يعلمان قدرها صح البيع ، لكن يكره لأنه قد يوقع فى الندم ، وفى التتمة : إن مجهول الذرع لا يكره .

ومعلوم أن من رأى شيئاً عرف جنسه وصفته ، فلو اشترى شيئاً ظاناً أنه جوهر وظهر زجاجا صح ، لأنه لابد أن يترجح للمشترى صفة فى المبيع تغلب على ظنه أنه من نوع كذا[1] .

* * *

---

(1) (جلال الدين المحلى ج ٢ ص ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٦ — مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٨ — نهاية المحتاج ج ٢ ص ٤٠١ — قليوبى وعميرة . ج ٢ ص ١٦٣ ، ١٦٤) .

مادة (١٩) :

(ا) : تكفى الرؤية قبل العقد لصحة البيع فيما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد ما دام ذاكراً لأوصاف المبيع .

(ب) : أما إذا كان المعقود عليه مما يتغير فتلزم رؤيته وقت العقد .

المذكرة الإيضاحية

المبيع إما أن يكون قابلا للتغير أم لا .

فإن كان لا يتغير كالعقار والأرض كفت رؤيته قبل العقد ولو بفترة من الزمن مادام ذاكراً للمبيع ، ولم يغب عنه شيء من أوصافه .

وأما إذا كان قابلا للتغير كالمطعومات وأمثالها فمضى زمن بين الرؤية والعقد يحتمل التغيير ، فإنه يضر بصحة البيع ويقع العقد باطلا — قياساً على الأعمى ، والحكمة فى هذا واضحة[١] .

* * *

(١) (مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٨ — نهاية المحتاج ج ٢ ص ١٦٦) .

رؤية بعض المبيع :

مادة (٢٠) :

رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه تكون كافية لصحة البيع

المــذكـرة الإيضــاحيــة

البيع لابد فيه من الرؤية ، ليكون صحيحاً ، والرؤية لاتتعين على جميع جزيئاته ، بل يكفى فيها أن تقع على بعضه إن دل على باقيه ، كظاهر صبرة القمح ، فلايشترط رؤية وسطها وأسفلها ، لأن جزيئاتها متماثله بخلاف مالم يكن متماثل الجزيئات كالبطيخ فلا تكفى فيه مثل هذه الرؤية ، بل لابد من أن تقع الرؤية على الجميع ليكون عالماً بالمبيع حتى يرتفع الضرر .

بيع العينة : وهذا هو المسمى بالأنموذج أو العينة ، ولايكون إلافى المتساوى الأجزاء كالحبوب ، والمتماثل كالقماش ، فالأنموذج جزء من المبيع مثال منه دال على باقيه ، فإن رؤيته تكفى عن رؤية باقى المبيع فلابد من إدخاله فى البيع ، فيكون فى الصيغة كبعتك كذا وهذا منه . ولا يضر عدم خلطه به ، ولا تلفه ولو قبل القبض . واكتفى الزركشى بالإدخال فى البيع ، وحمل عليه كلام البغوى . والأسنوى يرى أنه يشترط الإدخال فى البيع ورده إليه قبل البيع ، حتى لو أدخله فى البيع من غير

ود ، كان كبيع عينين رأى أحدهما . ونقل هذا عن البغوى أيضاً ، فلو قال بعتك من هذا النوع كذا ، فهو باطل ، لأنه لم يعين مالاليكون بيعاً ، ولم يراع شرط السلم ، ولا يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم ، لأن الوصف باللفظ يرجع إليه عند النزاع[1] .

* * *

بيع العين الغائبة :

(مادة ٢١) :

لا يصح العقد على العين الغائبة إذا لم يرها المتعاقدان أو أحدهما .

المذكرة الإيضاحية

المبيع غير المشاهد حتى ولو كان فى مجلس العقد الأظهر أنه لايصح بيعه . ومقابل الأظهر يصح اعتماداً على الوصف الذى يحصل به التميز ، أخذاً بحديث :

« من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ شرح المهذب ج ٩ ص ٢٩٨ . الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج ٢ ص ١٦٥ .

ولصحته : لابد فيه من ذكر مواصفات تنفى الجهالة عنه، وتساعد على إبراز صورته ، وذلك بعد ذكر المقدار المتفق عليه . وعند الاستلام يكون للمشترى الخيار فى قبوله البيع ، وعدم قبوله حتى وإن وجده كما وصف ، لأن الخبر ليس كالمشاهدة[1] .

* * *

الفصل الثانى

الربا

تعريفه :

المادة (٢٢) :

الربا عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيار الشرع حالة العقد ، أو مع تأخير فى العوضين أو أحدهما وهو حرام .

المذكرة الإيضاحية

هذا الفصل يتناول بحثاً على جانب كبير من الأهمية ، لتناوله مشكلة اقتصادية لها وزنها وخطرها .

(١) جلال الدين المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة جـ٢ ص ١٦٤ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨ .

والناس فيها فريقان :

فريق يتعامل بالربا — وهؤلاء هم الغربيون ، ومن حذاحذوهم ممن يرى أن اقتصاد اليوم لايقوم إلا على هذا النوع من التعامل ،سواء فى ذلك اقتصاد الحكومات ، والهيئات والأفراد .

والفريق الثانى : وهم المتمسكون بكتاب الله وسنة رسوله ، ومنهما يستمدون تحريم هذا النوع من التعامل ، ويؤمنون بأن الاقتصاد أيًا كان نوعه ووقته يمكن أن يقوم وان يزدهر بعيداً عن هذا النوع من التعامل .

ولقد تناولت الشريعة حياة الإنسان بروحانيتها وماديتها بالبسط والإسهاب ، فللأولى : كتاب العبادات يزكى الروح ويصقلها . وللثانية: كتاب المعاملات يرسم للإنسانية معالم السير فى حياتها ، ويبين لها طريق الصواب فى معاشها ، لتأمن الزلل وتتجنب الخطأ .

وما أجمل الدين والدنيا إذا اجتمعا ، وصدق رسول الله ﷺ إذ يقول : « نعم المال الصالح للرجل الصالح » .

ولهذا كنا فى حاجة ماسة إلى تعرف الربا وأحكامه وأصوله وما يجرى فيه .

فالربا : عقد . فإذا لم يكن هناك عقد يحصل به إيجاب وقبول كالمعاطاة لم يكن رباً ، وإن كان حراماً حرمة أقل من الربا .

والمراد بالعوض المخصوص: أنواع الربويات النقدان والمطعومات

فلا رباً فى غير النقدين من المعادن كالنحاس ، وكذلك فى غير مطعوم الآدمى .

ويصدق غير معلوم التماثل : بمعلوم التفاضل ، وبمجهول التماثل والتفاضل . والتماثل إنما يكون فى معيار الشرع ، حتى إذا كان معلوم التماثل ، لافى معيار الشرع ، كوزن المكيل يكون رباً .

والتماثل فى معيار الشرع إنما يكون حالة العقد ، فإذا كان معلوم التماثل فى معيار الشرع لاحالة العقد ، فهو رباً ، كما إذا باع قمحاً بقمح جزافاً ثم تبين أنهما سواء .

وأومع تأخير فى العوضين أو أحدهما ، أى سواء كانا [متحدى الجنس ، أو مختلفين لكن مع الاتحاد فى علة الربا التى هى النقدية والمطعومية ، ليخرج مالو باع براً بدرهم مع التأخير المذكور ، فليس رباً ، لاختلاف علة الربا .

والمراد بالتأخير : مايشمل تأخير القبض أو الاستحقاق فيصدق بربا اليد وبربا النساء الذى سيأتى .

حكم الربا :

الربا حكمه حرام ولايكون كذلك إلا إذا انتفت الشروط المقتضية للصحة .

وتحريمه تعبدى ، وما أبدى له إنما يصلح حكمة لاعلة .

وهو من أكبر الكبائر ، والأصل فى تحريمه : الكتاب والسنة

والإجماع ، ولم يحل فى شريعة قط ، ولم يؤذن الله فى كتابه عاصياً بالحرب سوى آكله .

قال تعالى : (فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله » وقال (وحرم الربا) وقال الرسول — صلى الله عليه وسلم — « لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده » . وما أجمل قول على بن أبى طالب — رضى الله عنه — : « من اتجر قبل أن يتفقه ارتطم فى الربا ثم ارتطم ثم ارتطم — أى وقع وارتبك ونشب ، وهذا ما نحن فيه اليوم :

والقصد بهذا الفصل بيع الربوى وما يعتبر فيه زيادة على مامر فى البيع ليكون صحيحاً[1] .

* * *

(١) نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣٠٩ ، ص ٤١٠ ، حاشية الباجورى جـ ١ ص ٣٧٤ ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، ٢٢ .

الربويات :

مادة (٢٣) :

يكون الربا فى النقدين — الذهب والفضة — وفى المطعوم الذي أظهر مقاصده تناول الآدميين له اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً .

المذكرة الإيضاحية

الكلام هنا فيما يسمى بالربويات ، وهى :

النقدان : والمراد بهما : الذهب والفضة مضروبين كانا أو غير مضروبين كالسبائك والحلى .

والمطعوم : وهو ما جرت عادة الناس بتحصيله لأكل الآدميين بشراء أو زراعة أو غير ذلك ، ويعلم ذلك بالنقل عن الصحابة فمن بعدهم .

وسواء كان هذا المطعوم خاصا بالآدميين كالبر أو شاركهم فيه غيرهم ، ولكن ليس على سبيل الغالب كالفول ، فإنه يكون ربويا أيضاً

أما ما يغلب فيه أكل الماشية أو اختصت به فلا يكون ربوياً . وسواء كان هذا المطعوم يتناوله الآدميون على سبيل الاقتيات كالبر والشعير والذرة ونحوها ، أو على سبيل التفكه ، كالتمر والزبيب والتين ونحوها ، أو على سبيل التداوى ، كالملح والزنجبيل .

ولا فرق بين مايصلح البدن أو يصلح الغذاء ، فإن الأغذية تحفظ الصحة ، والأدوية ترد الصحة وكذا لا رباً فى حب الكتان ودهنه ودهن السمك لأنها لا تقصد لطعم ، ولا فى الحيوان لأنه لايعد للأكل على هيئته ، ودهن الخروع والورد وسائر الأدهان والعود والمسك .

ملاحظة : بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره يسمى صرفاً[1] .

* * *

أنواع الربا :

مادة (٢٤) :

الربا أنواع :

١ — ربا الفضل وهو : البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر فى متحد الجنس .

٢ — ربا اليد وهو : البيع مع تأخير قبض العوضين أو أحدهما عن مجلس العقد مطلقا .

---

(١) حاشية الباجورى ج ٢ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ الجلال المحلى ج ٢ ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

٣ — ربا النساء وهو : البيع لأجل تناوله العقد ولو قصيرا

٤ — ربا القرض وهو : المشروط فيه جر نفع المقرض .

المذكرة الإيضاحية

تشير هذه المادة إلى أنواع الربا وضابط كل نوع .

فالأول ربا الفضل وهو البيع مع زيادة أحد العوضين مع اتحاد الجنس .

والثانى وهو ربا اليد له صورتان : الأولى تأخير القبض للعوضين جميعاً عن مجلس العقد . والثانية فيها تأخير أحدهما فقط ولو كان العقد على الحلول . وسواء كان ذلك فى متحد الجنس كذهب بذهب وفضة بفضة وبر ببر أو فى مختلف الجنس كذهب بفضة وبر بشعير لكن مع الاتحاد فى علة الربا وهى النقدية فى النقد والطعمية فى المطعومات .

والثالث ربا النساء وهو البيع مع أجل ولو كان القبض فى المجلس فى متحد الجنس أو مختلفه كأن يبيع برا ببر أو بشعير مع أجل وإن استمر مجلس العقد حتى تقابضا العوضين فيه .

الرابع ربا القرض وهو : كل قرض جر نفعا للمقرض ولا يختص ذلك بالربويات بل يجرى أيضاً فى غيرها كالعروض والحيوانات .

* * *

شروط صحة بيع الربوى :

مادة (٢٥) :

يشترط لصحة بيع الربوى ما اشترط فى البيع ويزاد .

(ا) : إذا كان الثمن والمثمن فى البيع جنسا واحداً من الربويات يشترط أن يكونا حالين مقبوضين قبضا حقيقيا قبل تفرق المتبايعين متماثلين يقينا .

(ب) : أما إن كان الثمن والمثمن جنسين مختلفين فيجوز البيع مع التفاضل بشرط الحلول والتقابض .

المذكرة الإيضاحية

لا يصح بيع شيء من الربويات بعضها إلا إذا توفرت هذه الشروط المذكورة .

(ا) : فإذا كان المبيع والثمن جنساً واحداً بان شملهما اسم خاص واشتركا فيه اشتراكا معنوياً كالقمح ، بخلاف الحب اشترط ثلاثة شروط .

١ — أن يكونا حالين بألا يذكر فى العقد أجل مطلقاً .

٢ — أن يكونا مقبوضين قبضاً حقيقياً ممن له ولاية القبض عن نفسه أو عن غيره ، فلا يكفى الإبراء ولا الحوالة ولا الضمان . وقبض كل شىء حسب العرف فيه . والغائب لابد من مضى مدة تسع الوصول إليه .

٣ — متماثلين أى متساويين يقينا فى المعيار ، إما كيلا أو وزنا حسب معيار الشرع الآتى مثلا بمثل من غير زيادة ولا نقصان ، فلا يصح بيع شىء من ذلك متفاضلا .

(ب) : أما إذا كان المبيع والثمن جنسين كالبر والشعير والذهب والفضة اشترط الأول والثانى فقط ، وجاز التفاضل ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » : أى مقابضة وحالا[1] .

* * *

اعتبار المعيار :

المادة (٢٦) :

تعتبر المماثلة فى المكيل كيلا وفى الموزون وزنا والمعتبر

---

(١) حاشية الباجورى جـ ١ ص ٣٧٩ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٢ ، حاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

غالب عادة أهل الحجاز فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وما جهل يراعى فيه عادة بلد البيع .

المــذكـرة الإيضـاحيـة

المعتبر فى كون الشىء مكيلا أو موزونا غالب عادة أهل الحجاز فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لظهور أنه اطلع على ذلك وأقره ، فلو أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار بأحداثهم ، ومالم يعلم هل كان يكال أو يوزن فى عهده — صلى الله عليه وسلم — أو علم أنه كان يوزن فى عهده مرة ويكال أخرى ولم يغلب أحدهما ، أو لم يكن هذا الشىء فى عهده — عليه الصلاة والسلام — يراعى فيه عادة أهل بلد البيع .

وقيل يتخير بين الكيل والوزن لتعادل وجهيهما .

والخلاف فيما إذا لم يكن أكبر جرماً من التمر . فإن كان كالبيض فالاعتبار فيه بالوزن جزما .

وسواء فى الكيل المكيال المعتاد فى عصره — صلى الله عليه وسلم — والمكاييل المحدثة بعده ، وكذلك الوزن[1] .

* * *

(١) الجلال المحلى جـ ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ . مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٤ .

اعتبار المماثلة :

مادة (٢٧) :

المماثلة المعتبرة للربوى : وصوله حال الكمال ، فلا تعتبر المماثلة فى الحبوب والثمار ونحوهما إلا وقت الجفاف .

المذكرة الإيضاحية

المماثلة هنا المراد بها وصول الربوى حال الكمال ، لأنه المعتبر ، وهو وصول الشىء إلى حالة يطلب فيها غالبا .

فتعتبر المماثلة فى الثمار والحبوب وقت الجفاف ، وتنقيتها شرط للمماثلة لا للكمال ، ويعتبر أيضا إبقاؤه على هيئة يتأتى ادخاره عليها كالتمر بنواه لأنه إذا نزع بطل كماله لتسارع الفساد إليه .

وإنما اشترطت المماثلة فى حالة الكمال لضبط الثمن والمثمن وعدم التفاوت والمفاضلة فيهما وعلى هذا فلا يباع رطب برطب ولا بتمر ولا عنب بعنب ولا بزبيب للجهل بالمماثلة وما لا جفاف له ، كالقثاء لا يباع بعضه ببعض أصلا[1] .

---

(١) الجلال المحلى وحاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ .
مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ .

وما لا تتحقق فيه المماثلة كالدقيق لا يباع بعضه ببعض كذلك لتفاوت درجة النعومة فيه ، والذى دخلته الصنعة لا تتحقق فيه المماثلة لاختلافها فى الأشياء ، ولكن لا يضر تأثير تمييز كالعسل والسمن فيجوز بيع بعضه ببعض بعد التمييز ولا يجوز قبله للجهل بالمماثلة ، ويلاحظ : أن الدقيق يرجع فيه إلى أصله ، فيجوز بيع دقيق البر بدقيق الأرز متفاضلا لاختلاف جنسه ، واللحم كذلك يرجع فيه إلى أصله ، فيجوز بيع لحم الضأن بلحم البقر متفاوتا ، وهكذا الأدهان والألبان وغيرها(١) .

* * *

من صور بطلان بيع الربوي :

مادة (٢٨) : يكون بيع الربوى باطلا :

(أ) : إذا اشتمل الثمن والمثمن أو أحدهما على جنسين ربويين

(ب) : إذا اشتملا على جنس ربوى وانضم إليه جنس آخر غير ربوى .

(ج) : إذا اختلف نوع المبيع .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٨ ، ص ٢٩ . الجلال المحلى جـ ٢ ص ١٧٤ .

المذكرة الإيضاحية

البيع باطل فى الصور الثلاثة لاشتمال أحد طرفى العقد على حالين مختلفين لتوزيع مافى الآخر عليهما ، اعتباراً بالقيمة ، والتوزيع هنا يؤدى إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة ، والمماثلة المجهولة هى التى تعتمد على التقويم وهو التخمين وهو يخطىء .

مثال (ا) جنيه وأردب قمح بجنيه وأردب قمح، أو أردب قمح وجنيه بجنيهين أو أردبين .

مثال (ب) جنيه وثوب بجنيه وثوب .

مثال (حـ) أردب قمح هندى وأردب قمح بلدى : بأردب قمح هندى وأردب قمح بلدى ، دراهم جيدة ورديئة ، بدراهم جيدة ورديئة .

والتوزيع هنا يؤدى إلى المفاضلة ، لأن قياسه التخمين كما فى بيع جزء من دار وسيارة بألف وقيمة جزء الدار أربعمائة والسيارة ستمائة فنسبة الدار ٤ والسيارة ٦ من ١٠ بالنسبة لهما من الثمن ، والتوزيع هنا يؤدى إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة .

ولو فصل فى العقد فجعل كل جزء بمبلغ معين من الثمن صح البيع ولو لم يشتمل أحد جانبي العقد على شيء مما اشتمل عليه الآخر كبيع دينار ودرهم بصاع حنطة وصاع شعير الأول للحنطة والثانى للشعير .

فتحديد كل صنف بثمن معين قطع التخمين الذى هو مظنة

البطلان ومنعت المفاضلة نظراً للبت فى هذا البيع بتحديد الثمن له فصح البيع .

ولا عبرة بتعدد العقد فإنه لم يكن لشىء واحد وإنما هو لمتعدد ، فكل مبيع له مقابل فى الثمن(١) .

* * *

مادة (٢٩) : يحرم بيع اللحم بالحيوان سواء كان من جنسه مأكول أو غير مأكول .

المذكرة الإيضاحية

هذا البيع باطل وغير صحيح سواء كان اللحم من جنس الحيوان أو من غير جنسه .

وهذا مأخوذ من نهى الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن تباع الشاة باللحم ، كما رواه الحاكم والبيهقى ، ونهى عن بيع اللحم بالحيوان ، رواه أبو داود عن سعيد بن المسيب مرسلا ، والترمذى عن زيد بن مسلم وهذا هو الأظهر نظراً لعدم تحقق المماثلة ووجود الغرر فى هذا البيع .

ومقابل الأظهر: الجواز ، ووجهة نظره ترجع إلى أن المأكول

---

(١) الجلال المحلى حـ ٢ ص ١٧٥ . مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٢٩ .

من اللحوم أجناس ، فبالقياس على بيع اللحم باللحم من غير جنسه ، وفى غير المأكول بأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه ، ولم يوجد ذلك هنا .

* * *

الفصل الثالث

البيوع المنهى عنها

بيوع فاسدة :

مادة (٣٠) : تعتبر البيوع التالية فاسدة .

(ا) بيع عسب الفحل . (ب) بيع حبل الحبلة .

(حـ) بيع الملاقيح . (د) بيع المضامين .

المذكرة الإيضاحية

البيوع المنهى عنها قسمان :

(ا) فاسد لاختلال ركن أو شرط .

(ب) غير فاسد لكون النهى ليس لذلك بل لأمر خارج عن حقيقة البيع غير لازم له .

فمن الأول :

١ — بيع عسب الفحل وقد نهى رسول الله ﷺ الخ.

فقد نهى رسول الله[1] ﷺ عند بيع عسب الفحل . رواه البخارى وعسب الفحل ماؤه فبيعه باطل ويحرم أخذ الثمن عليه لأنه غير متقوم ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه .

أو أن عسب الفحل هو طروقه للأنثى ويحرم أخذ الأجرة على طروقه لما سبق . ومنه أن الطروق يتعلق باختيار الفحل وهو غير مقدور عليه للمالك .

وقيل : يصح أخذ الأجرة على طروقه، قياساً على الاستئجار لتلقيح النخل . ورد بأن تلقيح النخل مقدور عليه . وليس فيه استيفاء عين . ولا كذلك ضراب الفحل فيهما .

وعلى القول بالمنع : لمالك الأنثى أن يعطى مالك الفحل شيئاً هدية . وإعارته للضراب مستحبة .

ويصح استئجار الفحل لمدة معلومة . وله حينئذ انزاؤه .

وتجب إذا اضطر إليه أهل ناحية . وعليه حمل قول بعضهم : إن منعه كبيرة .

وكان النهى عن ذلك ترفعاً بالمسلم عن الدنايا، ودفعاً به إلى مكارم الأخلاق .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٠ — ٣١ .

٢ — وكذلك نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة .

كما رواه الشيخان . وهو بيع نتاج النتاج . ووجه البطلان فى ذلك انتفاء الملك .

أو أن معنى حبل الحبلة : البيع بثمن مؤجل إلى نتاج النتاج .

والبيع باطل فى ذلك لجهالة الأجل .

٣ — والملاقيح : الأجنة فى البطون . إذ هى على فرض وجود الحمل مجهولة الكم والصفة غير مقدور على تسليمها وذلك غرر .

ويحتمل أن يكون ريحاً فهو إذا بيع معدوم وذلك أكثر غررا .

٤ — والمضامين : مافى أصلاب الفحول من الماء . والمعنى : فى النهى عنها أنها مجهولة غير مقدور على تسليمها فضلا عن أنها غير متقومة .

ولا تكرار بين هذا النوع والنوع الأول إذا أخذنا بالمعنى الثانى من أن عسب الفحل طروقه للأنثى .

* * *

بيع الملامسة :

مادة (٣١) : بيع الملامسة باطل وهو :

أن يكتفى العاقد باللمس عن العلم بالمبيع المستور أمره على ألا خيار له ، إذا رآه ، أو جعل اللمس بدلا من الصيغة .

المذكرة الإيضاحية

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] عن بيع الملامسة كما رواه الشيخان .

وفسرت الملامسة بأن يلمس ثوبا مطوياً أو فى ظلمة ، ثم يشتريه على ألا خيار له إذا رآه اكتفاء بلمسه عن رؤيته . أو يقول : إذا لمسته فقد بعتكه اكتفاء بلمسه عن الصيغة .

والبيع باطل فى ذلك لعدم الرؤية على التفسير الأول حيث كان البيع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة .

وللشرط الفاسد وعدم الصيغة على المعنى الثانى .

* * *

بيع المنابذة :

مادة (٣٢) : بيع المنابذة باطل وهو : أن يكتفى العاقد عن الصيغة بنبذ المبيع ، أو جعل النبذ قطعاً للخيار .

المذكرة الإيضاحية

المنابذة من البيوع المنهى عنها[2] لما رواه الشيخان . وهى أن يجعلا النبذ بيعاً اكتفاء به عن الصيغة . فيقول أحدهما : أنبذ إليك ثوبى بعشرة فيأخذه الآخر . والبيع باطل فى ذلك لفقد الصيغة .

(١) مغنى ج ٢ ص ٣١ (٢) مغنى ٣١

وقيل : إن المنابذة هى المعاطاة بعينها. نقله الرافعى عن الأئمة .

ورده السبكى ، قال : لأن المعاطاة فعل معه قرينة تدل على قصد البيع ، حتى كأنه وضع عرفا لذلك . وهذا ماعلم ذلك منه إلا بقوله إذا نبذت فقد بعث. وحالة النبذ لم يوجد قصد ولا قرينة .

وليس ذلك حقيقة المعاطاة.

أو أن معنى المنابذة : أن يقول : بعتك هذا بكذا على أنى إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار. ووجه البطلان فى ذلك : وجود الشرط الفاسد. والجهل بزمن الخيار.

* * *

بيع الحصاة :

مادة (٣٣) : بيع الحصاة باطل ، وهو : أن يجعل العاقد رمى الحصاة تعييناً للمبيع ، أو تحديداً لقدره أو إنهاء لمدة الخيار أو استغناء به عن الصيغة[1] .

المذكرة الإيضاحية

ورد النهى عن بيع الحصاة كما رواه مسلم

وفسر : بأن يقول بعتك من هذه الأثواب ماتقع عليه الحصاة.

أو بعتك من هذه الأرض من هنا الى ما انتهت اليه هذه الحصاة .

(١) مغنى ٣١

أو يجعلا الرمى للحصاة بيعاً . بأن يقول : إذا رميت هذه الحصاة فقد بعتك هـذا الثوب بكذا . أو يجعلاه قاطعاً للخيـار . بأن يقول : بعتك ولك الخيار أولى أو لغيرهما . إلى رميها .

وكل ذلك باطل ، لجهالة المبيع فى الأول . ولفقد الصيغة فى الثانى . وللجهل بمدة الخيار فى الثالث .

* * *

بيعتان فى بيعة :

مادة (٣٤) : إذا جعل العاقد للسلعة ثمنين أحدهما نقداً والآخر مؤجلا فقبل على الإبهام . أو باع السلعة بثمن على أن يبيعه سلعة أخرى بثمن آخر فالبيع باطل فيهما .

المذكرة الإيضاحية

من البيوع المنهى عنها بيعتان فى بيعة . لما رواه الترمذى .

وفسر ذلك : بأن يقول : بعتك هذا بألف نقداً أو ألفين إلى سنة خذ بأيهما شئت أنت أو شئت أنا . أو شاء فلان ، وذلك باطل إذا قبل على الإبهام للجهالة بالعوض .

فإن قبل على التعيين لأحد العوضين . وأجازه الآخر صح البيع .

وفسر أيضاً بأن يقول بعتك هذه الدار على أن تبيعنى دارك .

فالبيع باطل كذلك لما فيه من البيع بالشرط المنهى عنه كما يأتى .

* * *

الشرط المنافى لمقتضى العقد :

مادة (٣٥) : لا يصح البيع بشرط ينافى مقتضى العقد[1] .

المــذكــرة الإيضــاحيــة

لايصح البيع إذا كان هناك شرط ينافى مقتضى العقد . للنهى عنه رواه عبد الحق فى الأحكام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وروى أبو داود وغيره بهذا الطريق : لا يحل سلف وبيع ولا شرط و بيع فاذا عاق البيع على بيع آخر ، كأن يقول : بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعنى دارك فالبيع باطل .

ومثل ذلك البيع بشرط قرض كأن يبيعه عبده بألف بشرط أن يقرضه مائة . والمعنى فى ذلك: أنه جعل الألف ورفق العقد الثانى ثمناً ، واشتراط العقد الثانى فاسد فبطل بعض الثمن وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقى . فبطل العقد .

وسبب فساد الشرط كما قال الغزالى : أن انضمام الشرط إلى البيع يبقى علقة بعد البيع يثور بسببها منازعة بين المتعاقدين فبطل الشرط .

ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع . أو ثوباً بشرط أن يخيطه البائع . فالأصح من طرق ثلاثة بطلان الشراء لاشتماله

(١) المغنى ٣١ .

على شرط عمل فيما لم يملكه المشترى الآن ، لأنه لم يدخل فى ملك المشترى إلا بعد الشرط وذلك فاسد .

والطريقة الثانية فى البيع والشرط : القولان فى الجمع بين بيع وإجارة أحدهما يصح البيع والشرط ويوزع المسمى عليهما باعتبار القيمة .

والثانى : يبطل الشرط ويصح البيع بما يقابل المبيع من المسمى .

والطريقة الثالثة : يبطل الشرط وفى البيع قولا تفريق الصفقة ولو قال اشتريته بعشرة واستأجرتك لحصده أو خياطته بدرهم وقبله بأن قال بعتك وآجرتك صح البيع دون الإجارة لأنه استأجره قبل الملك لمحل العمل .

ولو اشترى حطباً مثلا على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح ، وإن عرف منزله لأنه بيع بشرط . فإن أطلق صح العقد ، ولا يجب إيصاله إلى منزله . وإن اعتيد ذلك بل يسلمه له فى موضعه .

* * *

فإن كان الشرط لاينافى مقتضى العقد :

١ — بأن كان من مقتضاه .

٢ — أو كان من مصلحة العقد .

٣ — او كان وصفاً يقصد .

٤ — أو كان شرطاً مبنياً على التغليب .

• — أو شرط مالا غرض فيه .

صح البيع فى كل ذلك . ولغا الشرط فى الأخير .

١ — فمن الأول القبض والرد بعيب . فهو تأكيد للعقد غير مناف له .

وتنبيه على ما أوجبه الشارع عليه .

ولو شرط البائع بموافقة المشترى حبس المبيع بثمن فى الذمة حتى يستوفى الثمن الحال لا المؤجل وخاف فوت الثمن بعد التسليم ولم يقل بالبداءة بالبائع (أى بدء البائع بالتنفيذ) صح . لأن حبسه من مقتضيات العقد . بخلاف ماإذا كان مؤجلا أو حالا ولم يخف فوته بعد التسليم . لأن البداءة حينئذ بالتسليم للبائع .

٢ — ومن الثانى (الشرط من مصلحة العقد) : الخيار والبداءة من العيب أو شرط قطع الثمار . وكذلك شرط الأجل أو الرهن أو الكفيل المعينات بثمن فى الذمة .

فيصح البيع بشرط الأجل فى عقد لا يشترط فيه الحلول والتقابض كالربويات ، وذلك لقوله تعالى : «إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى» . أى معين . وإن بعد بقاء العاقدين إليه . لأن وارثه يقوم مقامه ، نعم التاجيل بما يستبعد بقاء الدنيا إليه كألف سنة فاسد .

كما يصح البيع بشرط الرهن والكفيل المعينين بثمن فى الذمة للحاجة إليهما فى معاملة من لا يرضى إلا بهما . والتعيين فى الرهن بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم .

والتعيين فى الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب . ولا يكفى الوصف كموسر ثقة :

وبحث الرافعى الاكتفاء به . وقال : إنه أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لايعرف حاله . وأجيب عنه: بأن الأحرار لايمكن التزامهم فى الذمة لعدم القدرة عليهم ، بخلاف المرهون فإنه مال يثبت فى الذمة وهذا جرى على الغالب وإلا فقد يكون الضامن رقيقاً . «انتهى مغنى» .

ويجاب: بأن الضامن لايدخل تحت اليد من حيث الضمان وإن دخل من حيث الرق . « انتهى قليوبى » .

ويشترط أن يكون المرهون غير المبيع فإن شرطا رهنه لم يصح سواء اشترط أن يرهنه إياه بعد قبضه أم قبله . لأنه لم يدخل فى ملك المشترى إلا بعد الشرط . فإن رهنه بعد قبضه بلا شرط صح وماذكر من جواز اشتراط الأجل والرهن والكفيل المعينات إنما يكون إذا كان العوض « ثمناً أو مبيعاً موصوفاً » فى الذمة . أما إذا كان معيناً فالبيع بهذا الشرط باطل ، لأنه رفق شرع لتحصيل الحق فى المدة . والمعين حاصل . فشرط كل من الثلاثة معه واقع فى غير ماشرع له .

وليس من شرط الرهن والضمان الجائزين مالو شرطا رهناً أو ضامناً بدين آخر فإنه لايصح . لأنه شرط مقصود لايوجبه العقد وليس من مصالحه .

وليس منه كذلك مالو باع سلعة من اثنين وشرطا أن يتضامنا

فإنه لايصح، لأنه شرط على المشترى أن يكون ضامناً لغيره، وهو باطل لخروجه عن مصلحة العقد .

وكذلك يصح البيع بشرط الإشهاد على جريان العقد، سواء كان العوض معيناً أو فى الذمة، قال الله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » وللحاجة إليه . ولا يشترط تعيين الشهود فى الأصح لأن المقصود ثبوت الحق وهو يثبت بأى عدول كانوا حتى لو عينهم لم يتعينوا ولا خيار لمن شرط له ذلك إذا امتنعوا فيجوز إبدالهم بمثلهم أو فوقهم فى الصفات .

والوجه الثانى : يشترط كالرهن والكفيل . وفرق الأول بتفاوت الأغراض فى الرهن والكفيل بخلاف الشهود . فان الحق يثبت بأى عدول كما سبق .

وإذا لم تتم الشهادة كأن مات من شرط عليه الإشهاد أو لم يرهن ماشرط رهنه كأن تلف أو بان معيباً قبل القبض . أو لم يتكفل المعين كأن مات قبله فللبائع الخيار إن شرط له . وإن شرط المشترى فله إذا فات المشروط من جهة البائع لفوات المشروط .

وهو على الفور لأنه خيار نقص . ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بما شرط لزوال الضرر بالفسخ .

٣ — ومن الثالث (شرط وصف بقصد) : ككون العبد كاتباً أو الأمة او الدابة حاملا . او كون الدابة لبونا صح العقد مع الشرط لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التى تختلف بها الأغراض ولأنه التزم موجوداً عند العقد . ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل، فلايدخل فى النهى عن بيع وشرط .

وإن سمى شرطاً تجوزا . فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلا .
ويكفى فى الصفة المشروطة ما يطلق عليها الإسم فلو شرط حسن الخط فإن كان غير مستحسن فى العرف فله الخيار وإلا فلا .

ولو شرط وضع الحمل لشهر مثلا . أو أنها تدر كل يوم صاعاً مثلا لم يصح لأن ذلك غير مقدور عليه فيهما وغير منضبط فى الثانية .

وللمشترى الخيار إن أخلف المشروط لفوات شرطه .

وفى قول يبطل العقد فى الدابة — حاملا أو لبونا — لأنه شرط معها شيئاً مجهولا ، فأشبه ما لو قال بعتكها وحملها . وأجاب الأول بأن المقصود الوصف به لا إدخاله فى العقد ، لأنه داخل عند الإطلاق .

فاذا كان الوصف لا يقصد بل هو من العيوب كالسرقة فإنه لا خيار بفواته ، بل إن كان من البائع فهو بيان للعيب وإن كان من المشترى فهو فى حكم الرضا بالعيب .

ولو قال بعتكها وحملها أو لبنها بطل فى الأصح لجعله الحمل أو اللبن المجهول مبيعاً مع المعلوم ، بخلاف بيعها بشرط كونها حاملا أو لبونا لأن ذلك وصف تابع . والثانى : يجوز ، لأنه داخل فى العقد عند الإطلاق ، فلا يضر التنصيص عليه . كما لو قال بعتك هذا الجدار بأساسه ، وفرق الأول بأن الأساس داخل فى الجدار ، فذكره ذكر لما دخل فى اللفظ ، فلا يضر التنصيص عليه — والحمل غير داخل

فى مسمى البهيمة . فإذا ذكر فقد ذكر شيئا مجهولا وباعه مع المعلوم . ودخوله تبعا لا يستلزم دخوله فى مسمى اللفظ .

ولا يصح بيع الحمل وحده لما سبق فى بيع الملاقيح .

كما لا يصح بيع الحامل دون الحمل ، لأنه لا يجوز إفراده بالعقد فلا يستثنى كأعضاء الحيوان ، وأيضاً بيع الحامل بحر لا يصح .

ولو باع حاملا وكان حملها ملـكا له وأطلق ، دخل الحمل فى البيع تبعاً له بالاجماع .

فإذا كان حملها لغيره فإن البيع لا يصح . كأن أوصى السيد بحمل أمته لآخر ، ثم مات الموصى وقبل الموصى له الوصية فالأمة ملك للوارث والحمل ملك للموصى له . فإذا باع الوارث الأمة وحملها حينئذ فإنه لا يصح لأنه غير مملوك له .

٤ — أما بيع العبد بشرط إعتاقه . فالمشهور صحة البيع والشرط لأن الشرط مبنى على التغليب . وذلك لتشوف الشارع إلى العتق ولخبر الصحيحين: ان عائشة — رضى الله عنها — . اشترت بريرة وشرط مواليها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم . فلم ينكر صلى الله عليه وسلم إلا شرط الولاء لهم بقوله : « مابال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله تعالى ما كان من شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل » — والثانى : لا يصحان كما لوشرط بيعه أو هبته — والثالث : يصح البيع ويبطل الشرط كما فى النـكاح فيما لو قال : تزوجت أمتك بشرط أن تعتقها ، فإنه يصح النـكاح ويبطل الشرط . وأجيب : بأن

النكاح لا يتأثر بالشروط الفاسدة ، وذلك إذا كان الاعتناق مطلقا أو عند المشترى ، أما إذا كان الإعتاق عن البائع أو أجنبى فإنه لايصح ، لأنه ليس فى معنى ما ورد به الخبر ، وهذا إذا لم يتعذر الوفاء بالشرط فإن تعذر كأن كان المشروط اعتاقه قريبه الذى يعتق عليه بالشراء كأبيه فإن البيع لايصح لتعذر الوفاء بالشرط ، لأنه يعتق عليه قبل إعتاقه . وهذا هو المعتمد .

وإن قال فى المجموع : وفيه نظر . ويحتمل الصحة ويكون شرطه توكيداً للمعنى ، والأصح على الرأى الأول : أن للبائع مطالبته المشترى بالإعتاق وإن قلنا الحق فيه ليس له بل لله تعالى كالملتزم بالنذر ، لأنه لزم باشتراطه ويثاب على شرطه فله غرض فى تحصيله ولذلك قد يتسامح فى الثمن .

قال الأذرعى : ولم لايقال للآحاد المطالبة به حسبة لاسيما عند موت البائع أو جنونه .

والثانى : ليس له مطالبته لأنه لاولاية له فى حق الله — تعالى — ولو امتنع المشترى من الإعتاق أجبره الحاكم عليه لأن الحق فيه لله — تعالى — فان أصر على الامتناع أعتقه الحاكم عليه ، كما قاله القاضى والمتولى ، وقيل : يحبسه حتى يعتقه .

أما إذا قلنا : الحق فيه للبائع لم يجبره ، بل يثبت للبائع الخيار .

وليس للمشترى بيعه ولو بشرط الإعتاق ، لأن عتقه متعين عليه ولا الإجارة على الأصح فى المجموع .

والإعتاق لا يلزم فوراً وإنما يلزم إذا طلبه منه البائع أو الحاكم أو ظن فواته لو لم يأت به . فلو مات المشترى قبل إعتاقه فالقياس أن وارثه يقوم مقامه ، فإن استولدها قبل موته عتقت بوفاته من غير حاجة إلى إعتاق الوارث . إذ هو أقرب من إضافة العتق إلى الشرط المتوقف على عتق الوارث .

ولو شرط عتق حامل فولدت ، ثم أعتقها ، لم يعتق الولد على الأصح فى المجموع ، لانقطاع التبعية بالولادة .

والأصح أنه لو شرط مع العتق الولاء للبائع أو شرط تدبيره أو تعليق عتقه بصفة أو كتابته أو إعتاقه بعد شهر مثلا لم يصح البيع .

أما الولاء فلمخالفته ما تقرر فى الشرع من أن الولاء لمن أعتق وأجاب الشافعى رحمه الله تعالى عن قوله صلى الله عليه وسلم : «واشترطى لهم الولاء» . بمعنى عليهم . كما فى قوله تعالى : «وإن أسأتم فلها» وشرط الولاء لأجنبى أولى بالبطلان .

وأما فى الباقى فلأنه لم يحصل فى واحد منها ما تشوف إليه الشارع من العتق المنجز .

والثانى : يصح البيع ويبطل الشرط .

ولو باع بشرط الولاء فقط بأن قال : إن أعتقته فولاؤه لى ، فإن البيع باطل مطلقا . لأن الولاء تابع للعتق ، وهو لم يشترط الأصل ولو باع رقيقا بشرط أن يبيعه المشترى بشرط الإعتاق لم يصح البيع

وكذا لو اشترى داراً بشرط أن يقفها أو ثوبا بشرط أن يتصدق به لأن ذلك ليس فى معنى ما ورد به الشرع .

٥ — أما إذا كان الشرط مما لا غرض فيه كشرط ألا يأكل إلا كذا صح العقد ولغا الشرط ، لأن ذكره لا يورث تنازعا فى الغالب فذكره فيها لغو هذا ما جزم به فى المجموع .

وأخذ من كلام فى التتمة ونص فى الأم فساد العقد .

* * *

التفريق بين الأم وولدها :

مادة (٣٦) : يعتبر البيع الذى يحصل به التفريق بين الأم وولدها غير المميز فاسداً .

المذكرة الإيضاحية

يحرم التفريق بين الأم الرقيقة والولد الرقيق الصغير المملوكين لواحد ببيع أو هبة أو فسخ بإقالة أورد بعيب أو قسمة أو نحو ذلك وذلك لقوله ﷺ : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه أبو داود وحسنه والحاكم وصححه .

---

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٨

وسواء رضيت الأم بذلك أم لا ، رعاية لحق الولد ، وذلك حتى يميز ولو حصل التميز قبل السبع . وفى قول حتى يبلغ .

وحد التمييز آن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ، ويشرب وحده ويستنجى وحده . فإذا كان لمالكين فيجوز لكل منهما ان يتصرف فى ملكه — أو كان أحدهما حراً فإنه يجوز لمالك الرقيق أن يتصرف فيه . وكذلك إذا فرق بعتق أو وصية أو وقف لأن المعتق محسن وكذا الواقف .

والوصية لاتقتضى التفريق بوصفها ، فلعل الموت يكون بعد زمان التحريم .

والتفريق مكروه بعد التميز وقبل البلوغ . وكذا بعد البلوغ لما فيه من التشويش ، ويصح العقد .

أما غير الآدمى من الحيوان المأكول فالمذهب أنه يجوز التفريق بينه وبين أمه إن استغنى عن اللبن لكن يكره وقيل : يحرم .

ويجوز بالذبح للولد قطعاً كما فى زيادة الروضة .

أما ذبحها مع بقائه فيظهر أنه كغير الذبح .

أما غير المأكول فلا يجوز ذبحه ولا بيعه لذبحه .

ولو اجتمع الأب والأم حرم التفريق بينه وبينها وحل بينه وبين الأب

إذا اجتمع الأب والجدة للأم عند فقد الأم فهما سواء فيباع مع أيهما كان .

وإذا فرق بين الولد بعد سقيه اللبأ وبين من يمتنع التفريق بينه وبينه ببيع أو هبة بطلا فى الأظهر : لعدم القدرة على التسليم شرعا .

والثانى لا . لأن النهى للأضرار لا للخلل فى البيع . وعلى هذا لا نقرهما على التفريق بل إن تراضيا على ضم أحدهما إلى الآخر استمر العقد وإلا فسخ كما قالاه .

وأما قبل سقيه اللبأ فيبطل جزما .

ويستثنى من الأول ما لو كان المبيع ممن يحكم بعتقه على المشترى . فالظاهر كما قال الأذرعى وغيره عدم التحريم وصحة البيع لتحصيل مصلحة الحرية . ولما مر من جواز التفريق بالأعتاق .

وألحق الغزالى التفريق بالسفر بالتفريق بالبيع .

ويلحق الابن الأب إذا كان الابن ملكا لكافر مع أبويه ثم أسلم الأب وتخلفت الأم فإن الولد يتبعه ويؤمر بإزالة الملك عنهما دونها .

* * *

بيع العربون :

مادة (٣٧) : لا يصح بيع العربون بأن يشترى ويعطى البائع نقودا لتكون من الثمن إن رضى السلعة وإلا كانت هبة[1]

---

(١) مغنى ٢ ص ٣٨

المذكرة الإيضاحية

لا يصح بيع العربون للنهى عنه كما رواه أبو داود وغيره لأن فيه شرطين فاسدين أحدهما الهبة . والثانى شرط الرد للمبيع على تقدير ألا يرضى .

* * *

البيوع المنهى عنها مع صحتها

النوع الثانى من المنهى عنه .

وهو مالا يبطل لرجوع النهى عنه إلى معنى يقترن به لا إلى ذاته لأن النهى ليس للبيع بخصوصه . . بل لأمر آخر غير لازم له[1] .

المذكرة الإيضاحية

١ — بيع الحاضر للباد :

من المنهى عنه مع صحته . بيع الحاضر للباد — وذلك بأن يقدم غريب عن البلد بمتاع تعم الحاجة إليه كالطعام وإن لم يظهر ببيعه سعة

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٦

فى البلد لقلته أو لعموم وجوده ورخص السعر أو لكبر البلد ، لبيعه بسعر يومه حالا فيقول له الحضرى : اتركه عندى لأبيعه لك على التدريج بأغلى .

وذلك لخبر الصحيحين لا يبع حاضر لباد . زاد مسلم: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» . وقال ابن شهبه : زاد مسلم : « دعوا الناس فى غفلاتهم الخ » .

والمعنى فى التحريم : التضييق على الناس .

فإذا التمسه البادى منه أو لم يحتج إليه لم يحرم لأنه لم يضر بالناس.

والإثم فى صورة المنع خاص بالحضرى لإرشاده إلى التأخير المضر بالناس .

أما لو استشاره البدوى . فالأوجه وجوب إرشاده كما قال الأذرعى والثانى لا : توسيعاً على الناس .

ولو قدم البادى يريد الشراء فتعرض له حاضر يريد أن يشترى له رخيصاً وهو المسمى بالسمسار فهل يحرم . قال فى الوجيز . هو حرام وينبغى كما قال الأذرعى الجزم به . وإن تردد فيه فى المطلب .

٢ — تلقى الركبان[1] :

وكذلك يحرم أن يتلقى شخص طائفة يحملون متاعاً إلى البلد فيشتريه منهم قبل قدومهم ومعرفتهم بالسعر وذلك لقوله ﷺ : « لا تلقوا الركبان للبيع » رواه الشيخان .

---

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٦ .

والمعنى فى التحريم احتمال غبنهم سواء أخبرهم المشترى كاذباً أو لم يخبرهم ولهم الخيار إذا غبنوا وعرفوا الغبن ولو قبل قدومهم لما رواه البخارى: « لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار وهو على الفور ».

أما إن التمسوا البيع منه ولو مع جهلهم بالسعر أو لم يغبنوا كان اشتراه منهم بسعر البلد أو بدونه وهم عالمون فلا خيار لهم لانتفاء المعنى السابق وكذلك لا خيار لهم إذا كان التلقى بعد دخول البلد. ولو كان خارج السوق لإمكان معرفتهم الأسعار من غير المتلقين.

٣ — السوم على سوم غيره[1]:

يحرم السوم على سوم غيره لخبر: « لا يسوم الرجل على سوم اخيه »

وهو خبر. بمعنى النهى. والمعنى فى التحريم: الإيذاء.

وذكر الرجل والأخ ليس للتقييد. بل الأول لأنه غالب والثانى: للرأفة والعطف. فغيرهما مثلهما.

وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن بالتراضى صريحاً وقبل العقد. كأن يقول شخص لمن يريد شراء شىء بكذا لا تأخذه وأنا أبيعك خيراً منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل. أو يقول لمالكه: لا تبعه وأنا اشتريه منك بأكثر.

فإن لم يصرح المالك بالإجابة بأن عرض بها أو سكت أو كانت الزيادة قبل استقرار الثمن. أو كان ينادى عليه بطلب الزيادة.

لم يحرم ذلك. لكن يكره فيما إذا عرض له بالإجابة.

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٧.

٤ — البيع على بيع غيره قبل لزومه[1] .

ومعناه أن يأمر المشترى بالفسخ ليبيعه مثله بأقل من هذا الثمن أو خيراً منه بمثل ثمنه أو أقل .

وذلك يكون فى زمن خيار المجلس أو الشرط لتمكنه من الفسخ . أما بعد اللزوم فلا معنى له . نعم لواطلع بعد اللزوم على عيب . ولم يكن التأخير مضراً كأن كان فى ليل — فالمتجه كما قال الأسنوى التحريم لما ذكر .

٥ — الشراء على الشراء فى زمن الخيار كذلك .

وذلك بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه بأكثر منه .

وكلا الصورتين حرام . ولو رأى المشترى فى الأولى والبائع فى الثانية مغبونا لعموم خبر الصحيحين . لايبع بعضكم على بيع بعض — زاد النسائى : حتى يبتاع أو يذر .

وفى معناه الشراء على الشراء .

وفى معنى البيع على البيع مانص عليه الشافعى —رضى الله عنه— من نهى الرجل أن يبيع المشترى فى مجلس العقد سلعة مثل التى اشتراها خشية ان يرد الأولى ومثل خيار المجلس خيار الشرط .

والمعنى فى ذلك الإيذاء .

ومحل التحريم عند عدم الإذن فلو أذن البائع فى البيع على بيعه أو المشترى فى الشراء على شرائه لم يحرم لأن الحق لهما وقد أسقطاه .

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٧ .

وهذا إذا كان الآذن مالكا ، فان كان وليا أو وصيا أو وكيلا أو نحوه ، فلا عبرة باذنه إن كان فيه ضرر على المالك .

ولا يشترط للتحريم تحقق ما وعد به من البيع أو الشراء ، لوجود الإيذاء بكل تقدير .

(٦) النجش :

وذلك بأن يزيد فى الثمن للسلعة المعروضة للبيع لا لرغبة فى شرائها بل ليخدع غيره فيشتريها للنهى عنه فى خبر الصحيحين .

والمعنى فيه الإيذاء .

والأصح أنه لاخيار للمشترى لتفريطه حيث لم يتأمل ولم يراجع أصل الخبرة . والثانى له الخيار للتدليس كالتصرية ومحل الخلاف عند مواطأة البائع للناجش وإلا فلا خيار جزما .

ويجرى الوجهان فيما لو قال البائع أعطيت فى هذه السلعة كذا فبان خلافه ، وكذا لو أخبره عارف بأن هذا عقيق بمواطأة فاشتراه ثم بان خلافه .

ولو زاد ليساوى قيمة السلعة : فالمتجه التحريم لإيذاء المشترى ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وجرى بعض الشراح على أنه يجوز .

(٧) وبيع السلعة المفضية إلى معصية(١) .

يحرم بيع الرطب والعنب لعاصر الخمر . إذا علم ذلك منه أو ظنه

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٧ .

وكذلك بيع الغلمان المرد لمن عرف بالفجور وبيع السلاح من باغ وقاطع طريق ونحوهما من كل تصرف مفض إلى معصية .

أما إذا شك فيما ذكر فالبيع مكروه .

٨ — ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس(١) .

وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء ليبيعه بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة ، بخلاف إمساك ما اشتراه وقت الرخص فلايحرم مطلقاً — ولا إمساك غلة ضيعته . ولا ما اشتراه فى وقت الغلاء لنفسه ولعياله . أو ليبيعه بمثل مااشتراه .

والأولى أن يبيع مافضل عن كفاية عياله سنة .

ويختص تحريم الاحتكار بالأقوات .

ويحرم التسعير ولو فى وقت الغلاء بأن يأمر الوالى السوقة ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا للتضييق على الناس فى أموالهم وقضية كلامهم أن ذلك لا يختص بالأطعمة وهو كذلك ولكن إذا سعر الوالى عزر مخالفه لمجاهرته مخالفة الإمام وصح البيع إذ لم يعهد الحجر على الشخص فى ملكه أن يبيع بثمن معين .

* * *

---

(١) مغنى ج ٢ ص ٣٨ .

الفصل الرابع

تفريق الصفقة وتعددها

الجمع بين الحل والحرام فى صفقة واحدة .

مادة (٣٨) إذا باع فى صفقة واحدة حلالا وحراماً ، فرقت الصفقة وصح البيع فى الحلال وبطل فى الحرام[1] .

المذكرة الإيضاحية

تفريق الصفقة على ثلاثة أقسام .

لأنه إما فى الابتداء أو فى الدوام أو بسبب اختلاف الأحكام .

فالقسم الأول : إذا باع فى صفقة واحدة حلالا وحراما كأن باع مذكاة وميتة أو خلا وخمراً . أو عبده وحراً . أو مشتركا بغير إذن الشريك صح البيع فى ملكه من الحل والمذكاة وحصته من المشترك . وبطل فى غيره فى الأظهر من قولى الشافعى ، إعطاء لكل منهما حكمه .

والقول الثانى : يبطل فيهما وفى علته وجهان . أحدهما الجمع بين حلال وحرام لقول ابن عباس — رضى الله عنهما — ما اجتمع حرام وحلال إلا وغلب الحرام الحلال .

(١) المغنى ج ٢ ص ٤٠ .

والثانى : جهالة العوض الذى يقابل الحلال . ويستفاد من تمثيل المصنف بالمشترك أن العلة الصحيحة هى الأولى لأن الحصة من الثمن معلومة وجرى على ذلك فى المجموع .

فإذا اذن الشريك وكان ملك كل منهما معلوما صح .

ثم إن كان المشترى جاهلا للحال فله الخيار . وهو خيار نقص وعلى الفور إما إن كان عالما فلا خيار له لتقصيره . فإن أجاز البيع فبحصته المملوك له من المسمى باعتبار قيمتهما لأنهما أوقعا الثمن فى مقابلتهما جميعا . فلا يلزم المشترى فى مقابلة أحدهما إلا قسطه .

وكذلك إذا كان عالما بالحكم .

والصواب فى تقدير مثل الخمر والخل إنا نقدر الخمر خلا والميتة مذكاة فإذا كان قيمتهما ثلاثمائة والمسمى مائة وخمسين وقيمة المملوك مائة فحصته من المسمى خمسون .

أو نعتبر قيمة الحر والخنزير عند من يرى لهما قيمة . وهو احتمال للإمام صححه الغزالى .

وفى قول بجميعه لأن العقد لايتوجه إلا إلى ما يجوز بيعه فكان الآخر كالمعدوم .

وإذا لم يجب إلا الحصة فلا خيار للبائع لأنه المفرط حيث باع مالا يملكه وطمع فى ثمن مالا يستحقه .

* * *

تلف بعض المبيع المتعدد قبل القبض .

مادة (٣٩) إذا كان المبيع متعدداً وتلف واحد منه قبل القبض انفسخ البيع فيه ولم ينفسخ فى الآخر[1] .

المــذكـرة الإيضـاحيـة

القسم الثانى وهو إذا كان التفريق فى الدوام .

كما إذا باع عبديه فتلف أحدهما قبل القبض انفسخ البيع فيه ولم ينفسخ فى الآخر على المذهب وإن لم يقبضه . ويتخير المشترى بين الفسخ والإجازة فإن اجاز فبالحصة من المسمين باعتبار قيمتهما لأن الثمن قد توزع عليهما فى الابتداء وانقسم عليهما فلا يتغير بهلاك أحدهما .

وفى الشرح والروضة طرد القولين فيه أحدهما : بجميع الثمن . وضعف بالفرق بين ما اقترن بالعقد وبين ماحدث بعد صحة العقد مع توزيع الثمن فيه عليهما ابتداء — وقضية كلامه أنه لا خيار للبائع وهو كذلك كما صرح به فى المجموع . ولـكنه مشكل . لأن علة المنع فيما تقدم التفريط وهو مفقود هنا .

والطريق الثانى ينفسخ فيه فى أحد القولين وإن قبض المشترى أحد العبدين ولو تلف المقبوض وغيره لم يثبت للمشترى الخيار فيما تلف فى يده كما صححه فى المجموع . بل عليه حصته من الثمن لأن العقد استقر بقبضه .

(١) المغنى ٤١ .

الجمع بين مختلفى الحكم فى صفقة واحدة :

مادة (٤٠) : يصح الجمع فى صفقة واحدة بين مختلفى الحكم ويوزع المسمى عليهما باعتبار القيمة .

المذكرة الإيضاحية

القسم الثالث : وهو إذا كان التفريق تبعاً لاختلاف الأحكام ، فلو جمع فى صفقة مختلفى الحكم كإجارة وبيع كأن يقول آجرتك دارى شهراً وبعتك ثوبى هذا بدينار : أو إجارة وسلم كأن يقول : آجرتك دارى شهراً وبعتك صاع قمح فى ذمتى سلما بكذا صحا فى الأظهر. ويوزع المسمى على قيمة المؤجر من حيث الأجرة وقيمة المبيع أو المسلم فيه .

ووجه الاختلاف بين البيع والإجارة : اشتراط التاقيت فيها وهو مبطل للبيع . والإجارة تنفسخ بالتلف بعد القبض دونه .

والاختلاف بين الإجارة والسلم . اشتراط قبض العوض فى المجلس فى السلم دونها . والمقصود بالإجارة إجارة العين إذ إجارة المنفعة لابد فيها من القبض كالسلم .

---

(١) مغنى ج ٢ ص ٤١ — ٤٢ .

والثانى : يبطلان لأنه قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ ، والانفساخ مايقتضى فسخ أحدهما فيحتاج إلى التوزيع . ويلزم الجهل عند العقد بما يخص كلا منهما من العوض وذلك محذور .

وأجاب الأول : بأنه لا محذور فى ذلك . ألا ترى أنه يجوز بيع ثوب وشقص من دار فى صفقة . وإن اختلفا فى حكم الشفعة واحتيج إلى التوزيع بسببها .

ومحل الخلاف أن يكون العقدان لازمين . فلو جمع بين لازم وجائز كبيع وجعالة لم يصح مطلقا . أو كان العقدان جائزين كشركة وقراض صح قطعا . لأن العقود الجائزة بابها واسع .

* * *

تعدد الصفقة :

مادة (٤١) : تتعدد الصفقة بتفصيل الثمن وبتعدد البائع وكذا بتعدد المشترى[١] .

المذكرة الإيضاحية

تتعدد الصفقة بتفصيل الثمن من البائع كبعتك دارى بكذا وعبدى بكذا فيقبل فيهما سواء فصل المشترى فى القبول أم لا على الأصح .

(١) مغنى ٤٢ .

وله رد احدهما بالعيب . فإذا قبل المشترى أحدهما بعينه لم يصح
وإن قال القاضى الظاهر الصحة .

وكذلك إذا تعدد البائع فقال : بعناك هـذا بكذا والمبيع مشترك بينهما فيقبل منهما وله رد نصيب أحدهما بالعيب فإذا قبل نصيب أحدهما بنصف الثمن لم يصح فى الأصح . لأن اللفظ يقتضى جوابهما جميعاً .

وإن صحح السبكى الصحة .

وكذلك إذا تعدد المشترى كبعتكما هذا بكذا فى الأظهر قياساً على البائع .

والثانى : لا . لأن المشترى يبنى على الإيجاب السابق .

ولو قبل أحدهما نصفه بنصف الثمن لم يصح إن قلنا بالاتحاد .

وكذا إن قلنا بالتعدد على الأصح .

ومحل ما ذكر فى غير العرايا والشفعة ، أما فيهما فيتعدد بتعدد المشترى قطعا .

وكذا بتعدد البائع فى الأظهر .

ولو وكلاه أو وكلهما فى البيع أو الشراء . فالأصح اعتبار الوكيل لأنه العاقد وأحكام العقد من خيار وغيره تتعلق به .

والثانى اعتبار الموكل لأن الملك له . وهذا هو الأصح فى المحرر .

ومثل البيع سائر العقود إلا فى الرهن والشفعة . فالعبرة فيهما بالموكل نظراً لاتحاد الدين والملك . وألحق بهما العرايا .

فلو وكل اثنان واحداً فى رهن عبدهما عند زيد بماله عليهما من الدين ثم قضى أحدهما دينه انفك نصيبه .

* * *

وإذا جمع بين نكاح وبيع وكان مستحق الثمن والمهر واحداً بأن قال : زوجتك بنتى وبعتك عبدها وهى فى حجره صح النكاح . لأنه لا يفسد بفساد الصداق . وفى البيع والصداق القولان السابقان . اظهرهما صحتهما . ويوزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل .

والثانى : بطلانهما ويجب مهر المثل .

فإن اختلف المستحق كزوجتك بنتى وبعتك عبدى بكذا .

فإن البيع لا يصح ولا الصداق . كما لو كان لكل منهما عبد فباعاها بثمن واحد ويصح النكاح بمهر المثل .

ولو جمع بين بيع وخلع ، صح الخلع وفى البيع والمسمى القولان .

وشرط التوزيع أن يكون حصة النكاح مهر المثل فأكثر . فإن كان أقل وجب مهر المثل كما فى المجموع . إلا إذا أذنت الرشيدة فى قدر المسمى فيعتبر التوزيع على ما أذنت لا على مهر المثل .

الباب الثانى
فى الجواز واللزوم
الخيار

تعريف الخيار وأنواعه :

مادة (٤٢) الخيار هو خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه وللعاقد خيارات ثلاثة .

(ا) خيار المجلس . (ب) خيار الشرط .

(حـ) خيار العيب[(١)] .

المذكرة الإيضاحية

الأصل فى البيع اللزوم لأن القصد منه نقل الملك والتصرف وكلاهما فرع اللزوم إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رخصة رفقاً بالمتعاقدين .

إما للتروى وهو مايتعلق بالأول والثانى وهو : خيار المجلس وخيار الشرط . وإما لدفع الضرر وهو ما يتعلق بالثالث — وهو خيار العيب.

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٣ ، ٤٥ ، ٤٩ . جلال المحلى جـ ٢ ص ١٨٩ نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢ المجموع جـ ٩ ص ١٧٥ .

والأول ثبتت قوته بالشرع قال ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » فالعقد متى وقع كان ملازماً له حتى لو نفياه بطل العقد كما سيأتى .

والثانى ثبت بالاجماع وهو لا يثبت فى العقد إلا باشتراط العاقدين.

والثالث ثبت بالاجماع أيضاً إذا ظهر المعقود عليه على خلاف الأصل — وهو السلامة من العيوب — أو على خلاف ما اشترط أو كان هناك تغرير فعلى .

الفصل الأول

فى خيار المجلس

مايثبت فيه خيار المجلس :

مادة(٤٣) : يثبت خيار المجلس فى كل عقد معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري ولا جارية مجرى الرخص ولو فى ربوي أو سلم أو استعقب عتقاً .

---

(١) حاشية قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ٩٠ ، ٩١ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٣، ٤٤ المجموع جـ ٩ ص ٧٥ حاشية الباجورى جـ ٢ ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

مجلس العقد هو المكان الذى يوجد فيه المتعاقدان وقت العقد فيشمل المكان الذى عقد فيه العقد وكل مكان انتقل إليه طرفا العقد معاً وقيامهما ومشيهما معاً مثل المكث فى دوام المجلس .

ومجلس العقد لا يحده زمان ولا مكان معينان فلا يحده زمن وإن زاد على ثلاثة أيام ولا مكان وإن تعدد ما لم تحصل فرقة بينهما بالبدن اختيـاراً .

وليست كل العقود يثبت فيها خيار المجلس ، إذ العقود ثلاثة أنواع : جائزة من الطرفين ، جائزة من طرف واحد ، عقود لازمة .

فالأولى : كالشركة والوكالة والوديعة والعارية والدين والقراض والجعـالة .

والثانية : كالضمان والرهن والكتابة .

وهذه لا خيار فيها كلها ، لأن العاقد متمكن من الفسخ متى شاء .

والثالثة نوعان : واردة على العين وواردة على المنفعة فالأول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة فيثبت فيها كلها خيار المجلس .

والثانى : العقد الوارد على المنفعة ، ومنه النكاح ، ولا خيار فيه بلا خلاف والإجارة وفيها وجهان : أصحهما عند إمام الحرمين ، والبغوى

والجمهور لا يثبت . والثانى : عند أبى القاسم الكرخى والاصطخرى وابن القاص : يثبت .

وإجارة العين تغاير الإجارة على الذمة فإن فيها الخيار قطعاً ، كالسلم غير أن المعتمد أنه لا يثبت فيها كذلك ، لأن شأن الإجارة مطلقاً أن تتلف المنفعة فيها زمن الخيار دون السلم .

وعلى هذا : فعقد المعاوضة يخرج غير المعاوضة كالهبة بلا ثواب والمحضة : وهى التى تفسد بفساد المقابل يخرج غير المحضة ، وهى : التى تفسد بفساد المقابل كالنكاح . والواقعة على عين تخرج الواقعة على منفعة كالإجارة ، لأنها عقد غرر ، والخيار غرر ، فلا يضم غرر إلى غرر . واللازمة من الجانبين : يخرج الجائزة منهما كالوكالة أو من أحدهما كالكتابة ونحوها . وليس فيها تملك قهرى يخرج الشفعة لأن الخيار يثبت فيما ملك بالاختيار فلا معنى لثبوته فيما أخذ بالقهر والإجبار . ولا جارية مجرى الرخص يخرج الحوالة فلا خيار فيها .

ويشمل التعريف بيع الربوى ، والسلم والذى يستعقب العتق ففى كل ذلك خيار المجلس إذ الربوى وإن اشترط فيه القبض فى المجلس من الجانبين ، والسلم وإن اشترط فيه قبض رأس المال فى المجلس فثبوت الخيار لا ينافى ذلك ، ويثبت للبائع والمشترى فى بيع الأصل والفرع . وللبائع فقط فى بيع من أقر للمشترى بحريته أو شهد بها لأنه من جهته بيع ، ولا يثبت للمشترى لأنه من جهته افتداء — ولا يثبت فى بيع ضمنى ، كأن يقول شخص لآخر : اعتق عبدك عنى بكذا ، فيقول أعتقته عنك ، ولا فى بيع العبد لنفسه ، لأن مقصودهما العتق لا المعاوضة .

* * *

ثبوت خيار المجلس :

مادة (٤٤) : يثبت خيار المجلس قهراً عن المتعاقدين ويبطل البيع إذا شرط نفيه .

المذكرة الإيضاحية

خيار المجلس من مقتضى العقد، وإن لم ينص عليه ، ويثبت للعاقدين قهراً وإن لم ينصا عليه فى العقد ، لأنه حق مكتسب لهما شرعاً ، لقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — « البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » .

ولما كان هذا الحق مكتسباً لهما بقوة الشرع ، ونفيه يخالف مقتضى العقد ، لم يجز لهما نفيه كما لو شرط أن لا يسلم المبيع .

ولو نفى فى العقد ففيه وجهان :

الأول : لا يصح وهو الصحيح ، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع ، فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع ، وهو قول أبى إسحاق .

والثانى : يصح لأن الخيار جعل رفقاً بهما فجاز لهما تركه ولأن الخيار غرر ، فجاز إسقاطه، فإن قلنا بالأول : فهل يبطل العقد بهذا الشرط فيه وجهان : أحدهما لا يبطل لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض .

والثانى : يبطل، لأنه يسقط موجب العقد، فأبطله كالو شرط ان لا يسلم المبيع ، وذكرها القاضى حسين أقوالا أصحها : أن البيع باطل ، وهو المنصوص عليه فى البويطى والقديم .

والثانى : أنه صحيح ولا خيار .

والثالث : صحيح والخيار ثابت .

* * *

انتهاء خيار المجلس

مادة (٤٥) : ينقطع خيار المجلس :

(ا) : بتفرق المتعاقدين اختياراً ببدنهما عن مجلس العقد عرفاً .

(ب) : بالتخاير بأن يختارا لزوم العقد ، فلو اختار أحدهما سقط حقه فى الخيار ، وبقى الحق فيه للآخر .

المذكرة الإيضاحية

ينقطع خيار المجلس بأحد أمرين :

الأول : بالتفرق بالبدن عن مجلس العقد ، وكان ابن عمر راوى خبر : «البائعان بالخيار — إذا ابتاع شيئاً فارق صاحبه» رواه البخارى

وروى مسلم : قام يمشى هنيهة، ثم رجع ، ولفظ الترمذى : قال نافع : فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعا وهو قاعد قام ، ليجب له .

فلو حمل أحد العاقدين فأخرج من المجلس مكرها بغير حق لم ينقطع خياره لأنه لم يفعل شيئا ، وكذا إذا أكره على الخروج ولو لم يسد فمه لأن فعل المكره كلا فعل ، وأما صاحبه إذا لم يخرج معه انقطع خياره إلا أن منع من الخروج معه ، ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر بطل خياره كخيار الهارب .

والمراد المفارقة بالأبدان ولو تقديراً فموت أحدهما فى المجلس ليس مفارقة . والولى الذى باع ماله لطفله أو عكسه يعتبر خروجه من المجلس مفارقة . وبناء حائل بينهما ولو باذنهما أو فعلهما لا يعتبر مفارقة ولا يبطل به الخيار .

ويعتبر فى التفرق العرف فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد ومالا فلا لأن ماليس له حد شرعا ولا لغة يرجع فيه إلى العرف فإن كانا فى دار كبيرة : فبالخروج إلى الفناء ، وإن كانا فى السوق أو فى مكان متسع : فبأن يولى أحدهما للآخر ظهره ويمشى قليلا ، ولو لم يبعد عن سماع خطابه .

ولو مات أحد المتعاقدين فى المجلس فالأصح انتقال الخيار إلى الوارث ولو عاماً .

ولو جن أو أغمى عليه فالأصح انتقال الخيار إلى الولى من حاكم أو غيره . وإلى الوكيل عند موت الموكل وإلى السيد عند موت المكاتب

و المأذون له . فإن كان الوارث طفلا أو مجنونا أو محجوراً عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل عنه ، لما فيه المصلحة من فسخ وإجازة وعجز المكاتب كموته .

ثم إن كان من ذكر فى المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتد إلى أن يتفرقا أو يتخايرا ، وإن كان غائبا ووصله الخبر امتد خياره إلى أن يفارق مجلس بلوغ الخبر ، لأنه خليفة مورثه .

والثانى : يسقط الخيار لأن مفارقة الحياة أولى من مفارقة المكان وفى معناها مفارقة العقل .

وعلى الأول : لو ورثه جماعة حضور فى مجلس العقد لم ينقطع خيارهم بفراق بعضهم له ، بل يمتد حتى يفارقوه كلهم ، لأنهم كالمورث ، وهو لا ينقطع خياره إلا بمفارقة جميع بدنه . أو غائبون عن المجلس ثبت لهم الخيار ، وإن يجتمعوا فى مجلس واحد كما فى بعض نسخ الروض وهى المعتمدة وفى بعضها : إذا اجتمعوا فى مجلس واحد ويثبت الخيار للعاقد الباقى مادام فى مجلس العقد سواء أكان الوارث الغائب واحداً أو متعدداً .

ولو فارق أحدهما مجلسه دون الآخر لم ينقطع خيار الآخر خلافاً لبعض المتأخرين . وينفسخ العقد بفسخ بعضهم فى نصيبه أو فى الجميع ولو أجاز الباقون كما لو فسخ المورث فى البعض وأجاز فى البعض ولا يتبعض الفسخ للإضرار بالحى . ويرد على هذا : لو مات مورثهم ثم اطلعوا على عيب بالمبيع ، ففسخ بعضهم لا ينفسخ فى شىء منه ، لأن

الوارث قائم مقام مورثه وهو ليس له الفسخ فى البعض فهلا كان الحكم هنا كذلك .

أجيب : بأن للضرر ثم جابراً وهو الأرش ولا جابر له هنا ولو أجاز الوارث أو فسخ قبل علمه بموت مورثه نفذ ذلك بناء على أن من باع مال مورثه ظاناً حياته : أنه يصح وإن قال الإمام : الوجه نفوذ فسخه دون إجازته .

* * *

تنازع العاقدين فى التفرق أو الفسخ قبل التفرق .

مادة (٤٦) : إذا تنازع المتعاقدان فى التفرق أو الفسخ قبل التفرق ولا بينة صدق الثانى بيمينه[1] .

المذكرة الإيضاحية

هذه المادة يندرج فيها صور :

جاء المتعاقدان معاً فقال أحدهما : تفرقنا بعد العقد فتلزمه ، وقال

---

(١) مغنى المحتاج ج ١ ص ٤٥ ، ٤٧ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ج ٢ ص ١٩٢ ، الرملى ج ٤ ص ١١ ، المجموع ج ٩ ص ١٨٣ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١١ .

الثانى لم نتفرق وأراد الفسخ فالقول قول الثانى النافى مع يمنيه لأن الأصل عدم التفرق .

— اتفقا على التفرق وقال أحدهما : فسخت قبله وأنكر الآخر : فيها وجهان : الصحيح أن القول قول المنكر عملا ، بالأصل وبه قطع القاضى حسين وصححه الرويانى والباقون والثانى : قول مدعى الفسخ لأنه أعلم بتصرفه قال المتولى والروبانى : وهذا محكى عن صاحب التعريب .

— اتفقا على عدم التفرق وادعى أحدهما الفسخ وأنكر الآخر فدعواه الفسخ فسخ .

— اتفقا على عدم التفرق ، وأراد أحدهما الفسخ ، فقال الآخر : أنت أجزت قبل هذا وانكر الآخر الإجازة ، فالقول قول المنكر لأن الأصل عدمها .

— قال أحدهما : فسخت قبل التفرق وقال الآخر بعده قال الدارمى : قال ابن القطان : فيه خلاف مبنى على الخلاف فيما إذا قال : راجعتك فقالت بعد العدة — قال : وحاصله أربعة أوجه .

١ — يصدق البائع .

٢ — يصدق المشترى .

٣ — يصدق السابق بالدعوى .

مغنى المحتاج ج ١ ص ٤٧

٤ — يقبل قول من يدعي الفسخ في الوقت الذي فسخ فيه، ويقبل قول الآخر في وقت التفرق.

وهذا إذا لم توجد بينة يظهرها أحد المتعاقدين، فإذا وجدت البينة، كان القول لمدعيها وإلا فالنافي هو المصدق إذا حلف اليمين لموافقته الأصل.

(ب) الأمر الثاني : بالتخاير بأن يختارا لزوم العقد بهذا اللفظ كقولهما تخايرنا أو واخترنا أو نحوه كأمضيناه أو ألزمناه وأبطلنا الخيار أو أفسدناه لأنه حقهما فيسقط بإسقاطهما كخيار الشرط الآتي.

ولو اختار أحدهما لزومه سقط حقه من الخيار وبقي الحق فيه للآخر. وقيل : لا يبقى، لأن خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت فلا يتبعض في السقوط — ولو قال أحدهما للآخر : اختر سقط خياره ولو لم يختر صاحبه لتضمنه الرضا باللزوم، ويدل عليه الحديث.. أو يقول أحدهما للآخر اختر..

ولو اختار أحدهما لزوم العقد والآخر فسخه قدم الفسخ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها.

وتبايعهما في العوضين ولو ربويين بعد قبضهما بيعاً ثانياً أجازه للأول لأنه رضاً بلزومه، ويصح الثاني ويثبت فيه الخيار.

---

(١) المراجع : مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٣ إلى ص ٤٥.

(٢) المجموع ج ٩ ص ١٧٩.

(٣) حاشيتي قليوبي وعميرة ج ٢ ص ١٩١ : ١٩٢.

(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠، ١١.

الفصل الثانى

خيار الشرط

من يثبت له خيار الشرط :

مادة (٤٧) : (ا) : يثبت خيار الشرط للمتعاقدين لأيهما أو لأجنبي عنهما فى العقود التى يثبت فيها خيار المجلس لمدة معلومة متوالية متصلة ثلاثة أيام فأقل ، إذا شرط فى العقد .

(ب) : تبدأ المدة من العقد المشروط فيه الخيار ، أو من الشرط إذا شرط فى المجلس بعد العقد .

المذكرة الإيضاحية

قال النووى فى المجموع : إن أقوى ما يحتج به فى ثبوت خيار الشرط : الإجماع .

وروى محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى قد بلغ ثلاثين ومائة سنة لا يترك البيع والشراء ولا يزال يخدع فقال له رسول الله — صلى الله عليه وسلم — من بايعته فقل لاخلابة ، وأنت بالخيار ثلاثاً .

وروى يونس بن بكير قال : حدثنا محمد بن إسحاق قال : حدثنى

نافع عن ابن عمر ، قال : سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أنه لا يزال يغبن فى البيع فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إذا بايعت فقل لا خلابة — ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فان رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد .

وهو رخصة وجوز للحاجة فيقتصر فيه على ماتدعو إليه الحاجة غالباً وهو ثلاثة أيام ، وهذا هو المشهور فى المذهب ، وتظاهرت عليه نصوص الشافعي — رحمه الله — وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق . فإن زاد على ثلاثة أيام بطل العقد —

وسبب مشروعيته تمكن العاقد من التروى والتأمل فيما فعله فإن كان فى مصلحته أمضاه وإلا فسخه ومشروعيته ، جاءت على خلاف القياس لنهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط وإنما جاء استحسانا لما ذكر .

ولخيار الشرط شروط خمسة لابد من توافرها :

١ — ذكر المدة .
٢ — وكونها معلومة .
٣ — متوالية .
٤ — متصلة بالشرط .
٥ — ثلاثة أيام فأقل

بخلاف ما لو أطلق كأن قال بشرط الخيار وسكت أو مدة مجهولة كقوله : حتى أشاور . أو بشرط ان تكون المدة يوماً بعد يوم . أو بشرط الخيار من الغد . أو زادت على ثلاثة أيام كقولهم : ثلاثة أيام وثلث ، فلا يصح العقد .

(ب) : إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ففى ابتداء مدته وجهان مشهوران: أصحهما. باتفاق الأصحاب: تحسب من حين العقد إذا وقع الشرط فيه.

والثانى : من حين انقطاع خيار المجلس ، إما بالتخاير أو التفرق ولو شرطا الخيار بعد العقد وقبل التفرق حسبت المدة هنا من حين الشرط لا من العقد ولا من التفرق.

* * *

ما لا يدخل فيه خيار الشرط :

مادة (٤٨) : لا يدخل خيار الشرط فيما يأتى :

(ا) : فى البيوع التى يتعين فيها القبض فى المجلس.

(ب) : فيمن يعتق عليه إن شرط الخيار للمشترى وحده.

(حـ) : فيما يسرع إليه الفساد فى المدة المشروطة.

(د) : فى المصراة إن شرط الخيار للبائع أولهما :

المذكرة الإيضاحية

استثنيت هذه الأنواع من البيوع التى يدخل فيها خيار الشرط وهى :

(ا) : البيوع التى يتعين فيها القبض فى المجلس كأفراز الربوى والسلم وذلك لامتناع شرط الخيار من الجانبين مطلقاً كالأول ، أو جانب واحد كالثانى لأن الخيار يؤدى إلى بقاء علقة فيه بعد التفرق والقصد منه أن يتفرقا ولا علقة بينهما . فلا يجوز شرط الخيار لأنه لا يصح أن يتفرقا قبل تمام البيع ولهذا لا يتفرقان إلا بعد قبض العوضين فى الربوى والثمن فى السلم قبل التفرق ، فلو جاز الخيار لتفرقا ، ولم يتم البيع .

(ب) ، وكذلك لا يجوز الخيار فى شراء من يعتق عليه إن شرط الخيار لنفسه بخلاف شرطه للبائع أو لكليهما أما عدم تخير المشترى فلأن مقتضى ملكه له أن لا يتمكن من إزالة الملك ولا يحكم بعتقه على كل قول حتى يلزم العقد فيتبين أنه عتق من حين الشراء .

(ح) : وكذلك الأشياء التى يسرع الفساد إليها فى المدة المشروطة فالمراد فطنة هذا الفساد لا وقوعه حقيقة ، وذلك مثل الثلج والأطعمة وغيرها مما يفسد بسرعة ، وطول المدة يجعل الفساد يحل بها فيكون مضيعة للمال .

(ى) : ومنها المصراة — وهى الماشية التى تترك بدون حلب لإيهام

---

(١) قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ١٩٣ — ١٩٥ .

(٢) مغنى المحتاج ص ٤٣ — ٤٦ .

(٣) حاشية الباجورى ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ .

(٤) المجموع جـ ٩ ص ١٨٨ ، ١٩٠

كبر ضرتها — فلا يجوز شرط خيار الثلاث فيها للبائع ، لأنه يمنع من الحلب ، وترك الحلب يضر بها ، لأنه ليس له الملك فى هذه الحالة ومثله إذا كان الخيار لهما .

* * *

شرط الخيار لأجنبي :

مادة (٤٩) : لا يتجاوز الخيار من شرط وإذا اشترط أحد العاقدين الخيار لأجنبي فلا يجوز لذلك العاقد عزله بعد الشرط وليس لذلك الأجنبي عزل نفسه ، ولا يلزمه مراعاة الأصلح لشارطه . وليس للشارط خيار إلا بموت الأجنبي فى زمن الخيار ، فيثبت له عقب موته .

المذكرة الإيضاحية

اشترط الخيار من العاقدين أو أحدهما لأجنبي جائز ، لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك ، لكون الأجنبي أعرف بالمبيع ، وفيه قولان مشهوران : أصحهما باتفاق الأصحاب : يصح البيع والشرط وهو الأشهر من نصوص الشافعي — رحمه الله — نص عليه فى الإملاء وفى الجامع الكبير

وبه قطع الغزالى وغيره ، ونقل إمام الحرمين فى النهاية : اتفاق الأصحاب عليه ولم يذكر فيه خلافاً ، وليس كما ادعى .

القول الثانى : إن البيع باطل ، وحكى الماوردى عن ابن سريج وجهاً : أن البيع صحيح والشرط باطل ، وعلى القول الأول فهل يثبت للشارط أيضاً ؟ حكى المتولى وآخرون قولين أحدهما : يثبت له أيضاً وأصحهما عند الجمهور لايثبت .

وبعد الشرط ينتقل إليه حق الخيار من الشارط ، ويصبح الشارط بعد هذا لا خيار له .

وليس لزاما على الأجنبى مراعاة المصلحة لشارطه بل له أن يفسخ ويجيز حسب ما يرى ، وإن كان فى غير صالح الشارط وليس له عزله مع هذا التصرف ، كما أن المشروط له ليس له عزل نفسه لأنه تمليك على الأصح لاتوكيل . ولاينتقل الخيار للشارط إلا بعد وفاة المشروط له .

ومتى شرط الخيار لأحد تبعه إيقاع الأثر من فسخ أو إجازة فلا يجوز شرط الخيار لشخص ، وشرط إيقاع الأثر لغيره لأنه لامعنى لشرط الخيار إلا إيقاع الأثر ، وإلا فلا فائدة له ، وهذا هو المعتمد خلافاً لما جرى عليه شيخ الإسلام ولم يسبقه إليه أحد ، لكن تبعه الشيخ الخطيب وغيره من جواز ذلك .

(١) حاشية الباجورى جـ١ ص٣٧٨ .
(٢) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٣ .
(٣) جلال الدين المحلى جـ٢ ص ١٩٤ .
(٤) المجموع جـ ٩ ص ١٩٥ — ١٩٨ .

شرط الخيار للوكيل :

مادة (٥٠) (١) : ليس للوكيل فى البيع شرط الخيار للمشترى ولا للوكيل فى الشراء شرط الخيار للبائع ، فإن فعل بطل البيع .

(ب) : ليس للوكيل فى البيع أو الشراء شرطه لأجنبى بغير إذن موكله ، وله شرطه لنفسه أو موكله .

المذكرة الإيضاحية

(١) : الوكيل فى البيع أو الشراء ليس له كل تصرفات الموكل فلا يجوز له إن كان وكيلا للبائع شرط الخيار للمشترى ولا العكس لأن كل عاقد غالباً يعمل لصالحه ولو على حساب الطرف الآخر والبيع مبنى على المغالبة .

فإن وقع هذا فعلا بطل العقد .

(ب) : ولا يجوز أن يشرط الوكيل الخيار لأجنبى إلا برضا الموكل فإن رضى به الموكل نفذ وأما إذا شرط الوكيل الخيار لنفسه أو موكله فالأصح ثبوته .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٧ .

(٢) حاشية الباجورى جـ ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) جلال الدين المحلى جـ ٢ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

وقيل : لا فى المو كل وفى نفسه .

ولو شرط العاقد الخيار للوكيل لم يثبت للموكل وبالعكس ، فإن أذن له موكله وأطلق ، بأن لم يقل لى ولا لك فاشترطه الوكيل وأطلق ثبت له دون الموكل ، لأن معظم أحكام العقد تتعلق به وحده ، ولا يلزم العقد برضا الموكل ، لأن الخيار منوط برضا وكيله .

فاذا شرط الخيار ولو لبعيد عن العقد كان الشرط له وحده وكان الشارط لاسلطان له على العقد .

وصدق رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : « المؤمنون عند شروطهم » .

ويجوز أن يتعاون العاقدان فى مدة الخيار فيكون لأحدهما يوم وللثانى يومان أو الثلاثة ، اليوم الأول مشترك بينهما بثبوت الخيار فيه لهما ، وليس منفياً عمن شرط له اليومان أو الثلاثة لأن ذلك مبطل للعقد .

وإن اليوم الثانى مختص بمن شرط له اليومان .

وإن الثانى والثالث مختص بمن شرط له الثلاثة .

فليس فى المدة المشروطة زيادة على ثلاثة أيام .

---

(١) المراجع : حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٧٨ — ٣٧٩ .
(٢) المجموع ج ٩ ص ١٨٨ — ١٩٩ .
(٣) حاشية قليوبى وعميرة ج ٢ ص ١٩٣ .
(٤) جلال الدين المحلى ج ٢ ص ١٩٤ .

وعلى هذا : ففي اليوم الأول إن كان العقد نصف النهار يثبت الخيار إلى أن ينتصف النهار من اليوم الثاني وتدخل الليلة في حكم الخيار للضرورة .

وإن كان العقد في الليل يثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل — قاله المتولي وغيره .

* * *

تلف المبيع في مدة الخيار :

مادة (٥١) : (١) إذا تلف المبيع أو بعضه في يد المشتري في مدة الخيار فلمن له الخيار الفسخ أو الإمضاء ، فإن اختار الفسخ وجب على المشتري بدل التالف ، وكذلك يرجع المشتري على البائع بمقابل التالف من الثمن إن تلف .

(ب) : وإذا قبض المشتري المبيع في زمن الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف في يده فهو كما لو تلف في يدي المشتري .

---

(١) المجموع جـ ٩ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(ا) : إذا تلف المبيع أو بعضه فى مدة الخيار فى يد المشترى لم ينقطع الخيار ، بل يبقى الخيار فى الفسخ والإمضاء لمن كان له ، لأن الحاجة التى دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع ، فان فسخ وجب بدله من مثل فيما له مثل أو القيمة فى غيره ، لتعذر رد العين وتحسب قيمته يوم التلف وهذا على قول من يقول : بملك المبيع بالعقد وانقضاء الخيار .

وأما من يقول بالملك بنفس العقد أو موقوف فقد هلك من ملكه .

وكذلك لو كان قد تلف الثمن فى يد البائع لأن الثمن يأخذ حكم المبيع .

(ب) : وإذا قبض المشترى المبيع ، وأودعه عند البائع وتلف عنده فانه يأخذ حكم تلفه عند المشترى المتقدم ، لأن إيداعه لا يخرجه عن الضمان .

* * *

تسليم المعقود عليه فى مدة الخيار .

مادة (٥٢) : لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشترى

تسليم الثمن فى مدة الخيار ، فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده ولمن سلم حق استرداد ما سلمه .

المذكرة الإيضاحية

حكمة هذا واضحة : لأن العقد لا يلزم العاقدين بموجباته مادام هناك خيار ، لأنه قد يطرأ الفسخ من أحدهما ولهذا كان التسليم غير لازم فى مدة الخيار ، حتى لو سلم أحد المتعاقدين المبيع أو الثمن فى مدة الخيار كان له رد ما سلمه من ثمن أو مثمن .

* * *

ملك المبيع مدة الخيار :

مادة (٥٣) : ملك المبيع مدة الخيار لمن انفرد به من بائع أو مشتر فإن كان لهما فموقوف ، فإن أمضى البيع بان أنه للمشترى من حين العقد وإلا فللبائع .

ويأخذ الثمن حكم المبيع .

---

(١) المجموع جـ ٩ ص ٢٢١ .

إذا كان الخيار للبائع سواء كان هو العاقد أو وكيله وشرط الخيار لنفسه أو لأجنبي فلك المبيع له . ومثله المشترى إن كان الخيار له هو الآخر .

وأما إذا كان الخيار لهما فالملك موقوف فان أمضى البيع كان الملك للمشترى من حين العقد وإلا فملك البائع باق وكأنه لم يخرج عن ملكه وهذا هو الأظهر .

والرأى الثانى : الملك للمشترى مطلقاً لتمام البيع له بالإيجاب والقبول .

والثالث : للبائع مطلقاً لنفوذ تصرفاته فيه .

ونتيجة الحكم فى الملك : يترتب ملك الثمن للبائع وملك المبيع للمشترى وأما إن كان الخيار لهما أو لأجنبي عنهما فالملك فى المبيع والثمن موقوف فإن تم البيع كان الثمن للبائع والمبيع للمشترى من حين العقد وإن لم يتم كأن فسخ فللبائع ملك للمبيع وللمشترى ملك الثمن من حين العقد وكأن كلا لم يخرج عن ملكه إذ أحد المتعاقدين ليس أولى من الآخر فوقف الأمر إلى اللزوم أو الفسخ .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص٤٩، حاشية الباجورى جـ١ ص٣٧٩، نهاية المحتاج جـ ٤ ص١٩، جلال الدين المحلى جـ٢ ص١٩٥، المجموع جـ٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤

كيف يحصل الفسخ أو الإجازة .

مادة (٥٤) : يحصل الفسخ أو الإجازة ممن له الخيار في الزمن المشروط بلفظ دال على المراد أو تصرف منه يشعر بذلك .

المذكرة الإيضاحية

يحصل الفسخ للعقد والإجازة له فى زمن الخيار بلفظ يدل عليهما ففى الفسخ : كفسخت البيع ورفعته واسترجعت المبيع ورددت الثمن .

وفى الإجازة : أجزت البيع وأمضيته وألزمته ونحوه ومثلهما الكتابة

وهناك أفعال تقوم مقام الفسخ من البائع والإجازة من المشترى .

فبيع المبيع وإجازته ووقفه وترويجه ورهنه المقبوض وهبته المقبوضة فسخ فى الأصح لإشعاره بعدم البقاء عليه .

والأصح كذلك : أن هذه التصرفات من المشترى فى زمن الخيار المشروط له أولها إجازة للشراء لإشعارها بالبقاء عليه .

والثانى : لا يكتفى بهذه الأفعال منهما لأن الأصل بقاء العقد .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٠ ، جلال الدين المحلى جـ ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ المجموع جـ ٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢١ — ٢٣

والأصح أن عرض المبيع فى زمن الخيار للبيع والتوكيل فيه والهبة والرهن إذا لم يتصل بهما قبض ليس فسخاً من البائع ولا إجازة من المشترى لعدم إشعارها من البائع بعدم البقاء عليه . ومن المشترى البقاء عليه لأنه قد يقصد أن يستبين ما يدفع فيه ليعلم أربح أم خسر .

والثانى : إن ذلك فسخ وإجازة .

* * *

انتهاء مدة الخيار وأثره :

مادة (٥٥) : إذا انتهت مدة الخيار ولم يحصل ممن له الخيار إمضاء أو فسخ اعتبر ذلك إمضاء للبيع مالم يكن هنالك خيار مجلس .

المذكرة الإيضاحية

خيار الشرط محدد بمدة معينة فمعنى هذا : إظهار رغبة من له الخيار فى نهاية هذه المدة أو فى أثنائها فهو إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخ .

ومضى هذه المدة عليه ولم يظهر رأيه فمعنى هذا : الرضا على إمضاء البيع ونفاذه لأن السكوت دليل الرضى ولأنه لو كانت رغبته عدم إمضائه لأسرع ونفى القبول وأبان غرضه وفسخ .

ولذلك اعتبر مضى المدة بدون تعرض منه لإمضاء أو فسخ اعتبر هذا إمضاء للبيع . وهذا إذا لم يكن هناك خيار مجلس وامتد إلى بعد فوات مدة خيار الشرط، ويمكن تصور هذا بعدم مغادرتهم مجلس العقد واستمراره مدة خيار الشرط ، فاذا كان هذا يستمر الخيار إلى أن ينتهى خيار المجلس لذلك .

فاذا انتهى بدون فسخ كان الإمضاء للبيع وإلا كان ماقرر فى المجلس

* * *

الفصل الثالث

خيار العيب

تعريفه

مادة (٥٦): خيار العيب هو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفى أو تغرير فعلى .

المذكرة الإيضاحية

ويسمى خيار النقيصة أيضاً ويتعلق بفوات أمر كان المشترى يقصده فى المبيع ومنشاه ثلاثة أمور :

(١) حاشية قليوبى جـ ٢ ص ١٩٧ ، حاشية الباجورى جـ ٢ ص ٣٧٩

الأول : التزام شرط كأن شرط فى المبيع شرطاً لا ينافى مقتضى العقد وبعد العقد لم يجده فى المبيع مثل شرطه الحمل أو اللبن فى الدابة فأخلف ولم يتحقق وسبق الكلام عليه فيما يستثنى من بيع وشرط مادة.

الثانى : القضاء العرفى ويكون ذلك بظهور العيب الذى ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح . ومثل المبيع الثمن المعين إذا وجد به عيب فللبائع رده . ومرجع هذا إلى العرف الحاضر .

والثالث : تغرير فعلى ويكون بتدليس البائع على المشترى وإظهار المبيع بما يخالف عادته كتصريه الدابة .

* * *

شروط العيب المسوغ للرد :

مادة (٥٧) : يشترط فى العيب المسوغ للرد أن يكون قديماً خافياً على المشترى مما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب فى جنس المبيع عدمه .

المذكرة الإيضاحية

الغالب فى الأعيان السلامة فبذل المال يكون فى مقابلة السليم . فإذا بان العيب وجب التمكن من التدارك وأصبح للمشترى الحق فى رد

---

(١) محلى جـ ٢ ص ١٩٨ ، ١٩٩ مغنى جـ ٢ ص ٥٠

المبيع بظهور ما كان خافياً عليه وقت العقد بشرط أن يؤثر العيب فى المبيع تأثيراً ينقص العين نقصاً لو علمه المشترى قبل الشراء لم يقدم عليه .

ولابد أن يكون العيب مما يغلب عدمه فى جنس المبيع فتنقص القيمة به كالخصاء فى الثيران الكبيرة لا يقتضى الرد وإن نقصت القيمة بذلك ونقص العين : كبياض الشعر فى الكبير فلا رد به أيضاً .

إذاً لابد أن يكون العيب الذى يرد به حدث قبل العقد أو بعده وقبل القبض للمبيع لأن البيع حينئذ من ضمان البائع فكذا جزؤه .

ولو حدث بعد القبض فلاخيار فى الرد لأنه بالقبض صار من ضمانه فكذا جزؤه وصفته ومحل هذا كما قال ابن الرفعة : بعدم لزوم العقد .

وهذا إذا لم يستند إلى سبب متقدم على القبض أو العقد ويجهله المشترى كالقطع بجناية سابقة فيثبت الرد بذلك فى الأصح لأن قطعه لتقدم سببه كالمتقدم .

والثانى : لا يثبت به الرد لأنه قد تسلط على التصرف بالقبض فيدخل المبيع فى ضمانه وعلى هذا يرجع بالأرش فان كان عالماً به فلارد ولا أرش لدخوله فى العقد على بصيرة .

* * *

اشتراط عدم مسئولية البائع عن العيب :

مادة (٥٨) : لو باع البائع بشرط عدم مسئوليته عما يكون بالمبيع من عيوب فلا يكون مسئولا عن عيب باطن بالحيوان موجود حال العقد لم يعلمه ويكون مسئولا عن :

(ا) : عيب ظاهر مطلقاً .

(ب) : عيب باطن بغير الحيوان .

(حـ) : عيب موجود حال العقد وقبل القبض .

(د) : عيب معلوم للبائع .

المذكرة الإيضاحية

لو باع حيواناً أو غيره بشرط براءته — أى البائع — من العيوب فى المبيع أو قال : بعتك على أن لاترد بعيب فالأظهر أنه يبرأ من عيب باطن بالحيوان موجود حال العقد لم يعلمه البائع .

---

(١) الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٠٠ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٤ .

ولا يبرأ عن :

١ — عيب ظاهر مطلقاً فى حيوان أو غيره كالثياب والعقار علمه أم لا .

٢ — عيب باطن بغير الحيوان والمراد بالباطن مالا يطلع عليه غالبا.

٣ — عيب باطن بالحيوان علمه .

٤ — عيب موجود حال العقد وقبل القبض .

٥ — عيب مطلقاً معلوم للبائع .

والرأى الثانى : يبرأ عن كل عيب عملا بالشرط .

والرأى الثالث : لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالمبرأ منه وهو القياس .

وللمشترى مع هذا الشرط الرد بعيب حدث بعد العقد وقبل القبض لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد .

ولو اختلفا فى قدم العيب فإن البائع هو المصدق .

وتأصيل هذه المادة كما قال الشافعى — رضى الله عنه — : إن الحيوان يغتذى فى الصحة والسقم وتحول طبائعه فقلما ينفك عن عيب خفى أو ظاهر فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفى دون ما لا يعلمه لتلبيسه فيه وما لا يعلمه من الظاهر لندرة خفائه عليه والبيع صحيح .

وقيل على بطلان الشرط باطل .

ورد باشتهار القضية المذكورة بين الصحابة وعدم إنكارهم .

ووجه أقل القيم . أن القيمة إن كانت يوم البيع أقل فما زاد حدث في ملك المشترى فلا تدخل في التقويم .

وإن كانت يوم القبض أو بين الوقتين أقل مما نقص كان من ضمان البائع .

وهذه أقوال محكية فى طريقة . والطريقة الراجحة : القطع باعتبار القيمتين .

وحمل قول يوم البيع على ما إذا كانت القيمة فيه أقل . وكذا قول يوم القبض .

أما الربوى المذكور كذهب بيع بوزنه ذهباً فبان معيباً بعد تلفه فلا أرش فيه ، بل يفسخ البيع ويغرم البدل ويسترد الثمن وإلا لنقص الثمن فيصير الباقى منه مقابلا بأكثر منه وذلك ربا إن ورد على العين .

فإن ورد على الذمة ثم عين غرم بدل التالف واستبدل عنه سليما فى مجلس الرد ، وإن فارق مجلس العقد .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٥

(٢) الجلال المحلى ج ٢ ص ١٩٩ — ٢٠١

(٣) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤

اشتراط عدم مسئولية البائع عن عيب معين :

مادة (٥٩) : لو شرط البائع عدم مسئوليته عن عيب عينه فيبرأ منه إن كان مما لا يعاين، أو مما يعاين واطلع المشترى على موضعه وقدره .

المذكرة الإيضاحية

لو شرط البراءة عن عيب عينه فإن كان مما لا يعاين برىء منه مطلقاً لأن ذكرها إعلام بها .

قال السبكى : لو أعلم البائع المشترى بأن بالمبيع جميع العيوب ورضى به المشترى يكون جهلا لأنه كذب ولا يفيد لأن الصحيح أن التسمية لا تكفى فيما يمكن معاينته حتى يريه إياه .

وأما ما لا يمكن معاينته فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية فلا يفيد ولا يجوز للحاكم إلزام المشترى بمقتضى هذا الإقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، وإذا وقع ذلك يكون كشرط البراءة .

---

(١) الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٠٠١

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٤ .

وإن كان مما يعاين : فإن اراه قدوه وموضعه برىء منه قطعاً وإلا فهو كشرط البراءة مطلقاً فلا يبرأ منه على الأظهر لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه .

ولو شرط البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها لم يصح الشرط فى الأصح لأنه إسقاط للشىء قبل ثبوته فلم يسقط كما لو أبرأه عن ثمن مايبيعه له .

والثانى : يصح بطريق التبع فإن انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان كما فى الروضة وأصلها .

* * *

هلاك المبيع عند المشترى ثم علمه بالعيب :

مادة (٦٠) : لو هلك المبيع عند المشترى ثم علم العيب به رجع بالأرش على البائع .

ويستثنى الربوى المبيع بجنسه ، فإنه يتعين فيه الفسخ ويغرم المشترى البدل ويسترد الثمن حيث كان العقد واردا على معين أما إن كان العقد وارداً على موصوف فى الذمة ثم عين فى المجلس فإن المشترى يغرم بدل التالف ويستبدل عنه سليما فى مجلس الرد وإن فارق مجلس العقد .

لو هلك المبيع — غير الربوى المبيع بجنسه — عند المشترى سواءا كان بآفة سماوية أم بغيرها كأن أكل الطعام أو خرج عن قبول المنقل كجعل الشاة أضحية ، ثم علم العيب به رجع بالأرش لتعذر الرد بفوات المبيع حساً أو شرعاً .

ولما كان المرض قد يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا تتحقق إضافة الموت إلى المرض السابق فلا يجوز المشترى أن يسترد الثمن وإنما يكون له الحق فى أرش النقص وذلك لتعذر رد المبيع بموته . والأرش هو جزء من ثمن المبيع نسبة ذلك الجزء إلى الثمن تساوى نسبة مانقص العيب من القيمة لو كان المبيع سليما إلى قيمته سليما .

فإذا كانت القيمة بلا عيب مائة وبالعيب تسعين فنسبة النقص إليها العشر فيكون الأرش عشر الثمن فإذا كان مائتين رجع بعشرين منه .

وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن لأن المبيع مضمون على البائع بالثمن فيكون جزؤه مضموناً عليه بجزء من الثمن فإن كان البائع قد قبض الثمن رد الأرش .

وإن لم يكن قد قبض الثمن فيسقط عن المشترى أرش النقص من الثمن إن طلبه المشترى . وقيل يسقط ولو لم يطلبه .

والأصح اعتبار أقل قيم المبيع من وقت البيع إلى القبض .

وللأصح مقابلان :

أحدهما اعتبار قيمة يوم البيع لأنه يوم مقابلة الثمن بالمبيع .

والثاني قيمة يوم القبض لأنه يوم دخول المبيع في ضمان المشترى .

***

رد المبيع بالعيب عند تلف الثمن :

مادة (٦١) : لو تلف الثمن دون المبيع المقبوض وأريد رد هذا المبيع بالعيب رد وأخذ بدل الثمن : مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً . وتقدر القيمة بأقل قيمة وصل إليها المبيع من وقت البيع إلى وقت القبض[١] .

المذكرة الإيضاحية

لو تلف الثمن المقبوض حساً كأن تلف أو شرعاً كان وقفه أو تعلق به حق لازم كرهن ولم يحصل هذا التلف للمبيع المقبوض ثم اطلع على عيب وأراد رده به رده أى المبيع المشترى لوجوده

(١) محلى ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٤

خالياً عن الموانع وأخذ مثل الثمن إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً لأنه لو كان باقياً لاستحقه فإذا تلف ضمنه بذلك قياسا على غيره .

ويعتبر أقل قيمة من وقت المبيع إلى وقت القبض كما فى الروضة وأصلها وهو يخالف ما تقدم عنهما فى الأرش .

ولو صالحه البائع بالأرش أو غيره عن الرد لم يصح لأنه خيار فسخ فأشبه خيار التروى فى كونه غير متقوم ولم يسقط الرد لأنه إنما سقط بعوض ولم يسلم إلا إن علم بطلان المصالحة فيسقط الرد لتقصيره .

وليس لمن له الرد إمساك المبيع وطلب الأرش ولا للبائع منعه من الرد ودفع الأرش .

* * *

علم المشترى بالعيب بعد زوال ملكه .

مادة (٦٢) : لو علم المشترى العيب بعد زوال ملكه عنه فلا أرش له فإن عاد الملك إليه فله الرد[١] .

المذكرة الإيضاحية

لو علم المشترى العيب بالمبيع بعد زوال ملكه عنه إلى غيره بعوض أو بدونه وهو باق بحاله فى يد الثانى فلا أرش له فى الأصح

(١) المحلى جـ ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٤ ، ٥٥ .

لأنه لم ييأس من الرد فقد يعود إليه فيرده وقيل علته أنه استدرك الظلامة .

فان عاد الملك اليه بعوض أو بغيره أو انفك رهنه ونحو ذلك فله الرد سواء عاد إليه بالرد بالعيب أم بغيره كالإقالة والهبة والشراء لزوال البائع .

وقيل فيما زال ملكه بعوض إن عاد إليه بغير الرد بعيب فلا رد له لأنه بالاعتياض عنه استدرك الظلامة وغبن غيره كما غبن هو ولم يبطل ذلك الاستداراك بخلاف مالو رد عليه بالعيب وهذا مبنى على أن العلة فى أن الأرش له استدراك الظلامة والصحيح أنها مكان عود المبيع .

ومقابل الأصح له الأرش لتعذر الرد فلو أخذه ثم رد عليه بالعيب فهل له رده مع الأرش واسترداد الثمن وجهان .

وعلى الأصح لو تعذر العود لتلف أو إعتاق رجع المشترى الثانى بالأرش على الأول ، والأول على بائعه بلا خلاف ، وله الرجوع عليه قبل الغرم للثانى مع إبرائه منه ، وقيل لافيهما بناء على التعليل باستدراك الظلامة .

* * *

الفورية فى الرد بالعيب :

(٦٣) يكون الرد بالعيب فور العلم به ويسقط بالتأخير من غير عذر وتعتبر الفورية على العادة[1] .

المذكرة الإيضاحية

الرد بالعيب على الفور بالإجماع ، لأن الأصل فى البيع اللزوم والجواز عارض ، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فورياً كالشفعة ، فيبطل بالتأخير من غير عذر وهذا فى المبيع المعين أما الواجب فى الذمة ببيع أو سلم إذا قبض فوجد معيباً قال الإمام إن قلنا إنه لا يملك إلا بالرضا وهو الأصح فلا يعتبر الفور إذ الملك موقوف على الرضا وكذا إن قلنا يملك بالقبض لأنه ليس معقوداً عليه وإنما يثبت العذر فيما يؤدى رده إلى رفع العقد .

وليبادر مريد الرد على العادة ولا يؤمر بالعدو والركض ليرد .

فلو علمه وهو يقضى شيئاً كالصلاة والأكل فحتى يفرغ أو ليلا فحتى يصبح والعرف هو الحكم فى مثل هذا .

* * *

---

(١) الجلال المحلى جـ٢ ص ٢٠٣ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٥٧ .

من يرد عليه المبيع .

مادة (٦٤) : إذا ظهر عيب بالمبيع فللمشترى :

(ا) رد المبيع إلى البائع :

(ب) أو رفع الأمر إلى الحاكم ليستحضر البائع ويرد عليه المبيع[1] .

المذكرة الإيضاحية

عند ظهور العيب بالمبيع إما أن يكون البائع حاضراً أو غائبا عن البلد .

فان كان حاضراً بالبلد فللمشترى أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وارث رده على البائع أو وكيله أو وليه أو وارثه ومع وجود هؤلاء فللمشترى رفع الأمر إلى الحاكم ليستحضر البائع ويرده عليه منعاً للتطويل وهذا أفضل وآكد ويشترط أن يبدأ بالفسخ عند الحاكم قبل حضور البائع .

وإن كان البائع غائباً عن البلد رفع المشترى الأمر إلى الحاكم

(١) الجلال المحلى جـ ٢ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٣ ص ٥٧ .

سواء طالت المسافة أو قصرت لكن لا يحكم عليه الحاكم إلا إن كان في مسافة يقضى فيها على الغائب أو كان متعذراً أو متوارياً .

قال القاضي حسين : فيدعى شراء ذلك من فلان الغائب بثمن معلوم قبضه ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على في وجه مسخر ينصبه الحاكم ويحلفه أي ان الأمر جرى كذلك ، ويحكم بالرد على الغائب ويبقى الثمن ديناً عليه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ويقضى الدين من مال الغائب فان لم يجد له سوى المبيع باعه فيه .

ملاحظة : المسخر هو شخص يختاره الحاكم ليدافع عن حق البائع ويقوم بالصالح له وهو مايشبه الآن — المحامى —

* * *

ما يلتزم به المشترى عند إرادة الفسخ :

مادة (٦٥) : يلزم المشترى عند إرادة الفسخ .

(ا) الإشهاد على الفسخ إن أمكنه حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم .

(ب) ترك استعمال المبيع (١) .

---

(١) حاشية قليوبى جـ٢ ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٥٦ .

المـــذكـرة الإيضـاحيـة

إذا ذهب المشترى إلى من يرد عليه من البائع أو وكيله أو إلى الحاكم وجب عليه الإشهاد فى طريقه إذا لقى من يشهده ولو عدلا مستوراً ليحلف معه وليس عليه تحرى الشهود، فان عجز بأن لم يجد فى طريقه ذلك لم يلزمه التلفظ به، غاية وجوب الإشهاد وصوله إلى المردود عليه أو الحاكم ومتى أشهد سقط عنه الإنهاء فى ذلك الوقت فله الرجوع .

ولو ظهر من أشهده غير عدل لم يبطل حقه من الرد وقياس ما يأتى أنه يجب الإشهاد على الموكل الذى بعث وكيله إلى الرد إذا تمكن منه بحضور الشهود والإنهاء عنه وعن وكيله فله الرجوع .

وإذا حال عذره بعجزه عن المضى إلى المردود عليه أو الحاكم لمرض أو خوف من نحو عدو أو غيبة من يرد عليه من بائع وحاكم فالذى يتجه إليه فى هذا أنه يلزمه الإشهاد إن حضر الشهود ولا يلزمه إحضارهم . وإنه يلزمه التوكل إن قدر عليه بأن حضره الوكيل وبعد التوكيل لا يسقط عنهما طلب الإشهاد فتى حضره الشهود أو لقيهم الوكيل فى طريقه وجب على القادر منهما الإشهاد ومتى أشهد أحدهما سقط الإشهاد عن الآخر وسقط الإنهاء عنهما .

وإنما لزم الإشهاد لأن الترك يحتمل الإعراض ، وأصل البيع اللزوم

فتمين الإشهاد بعدلين كما قال القاضى حسين والغزالى ، أو عدل ليحلف معه كما قاله ابن الرفعة وهذا هو الظاهر .

وقال السبكى : إن الفسخ ينفذ ولا يحتاج بعده إلى إتيان البائع أو الحاكم إلا لتسليم وفصل الخصومة والرأى الثانى لا يلزمه الإشهاد لأنه إذا كان طالباً للمالك أو الحاكم لا يعد مقصراً .

فإن عجز عن الإشهاد على الفسخ لم يلزمه التلفظ بالفسخ فى الأصح إذ بين إيجابه من غير سامع أو سامع لا يتقيد به ولأنه ربما يتعذر عليه ثبوته فيتضرر بالمنع — والثانى يجب ليبادر بحسب الإمكان وهذا عليه عامة الأصحاب .

(ب) ويشترط فى الرد ترك الاستعمال وإلا بطل حقه فى الفسخ — ويعذر فى استعمال لازم كركوب الدابة لتوصيلها فلا يسمى هذا استعمالا مسقطا للحق .

* * *

سقوط حق المشترى فى الأرش :

مادة (٦٦) إذا سقط حق المشترى فى الرد بتقصيره سقط حقه فى الأرش كذلك[1] .

---

(١) الجلال المحلى ج ٠ ص ٢٠٥ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٥٩

المذكرة الإيضاحية

وسبب هذا تقصيره فى المطالبة بحق خوله له الشارع ومنحه إياه ولأنه المفوت عليه حق نفسه فلا يلومن إلا نفسه .

* * *

سقوط الرد القهرى :

مادة (٦٧) : إذا حدث بالمبيع عيب بسبب آفة أو غيرها بعد قبض المشترى له ثم ظهر فيه عيب قديم سقط الرد القهري[1] .

المذكرة الإيضاحية

المراد بالعيب هو كل ما يثبت به الرد ابتداء .

والعيب الحادث : هو مايحدث عند المشترى بآفة أوغيرها والمشترى مسئول عن العيب الحادث لأن المبيع صار فى ضمانه بعد القبض .

والعيب القديم : هو ما كان موجوداً عند البائع قبل العقد فى المبيع والبائع هو المسئول عنه ولذلك كان من حق المشترى الرد به .

(١) الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٠٦ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٥٩

فإذا وجد العيب الحادث ثم اطلع المشـتري على عيب قديم سقط الرد القهري، لأن المشتري أخذ المبيع بعيب واحد فلا يرده بعيبين والضرر لا يزال بالضرر .

والمشتري رد المبيع إذا علم بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث .

* * *

العيب الحادث :

مادة (٦٨) :

(ا) إذا رضي البائع بالعيب الحادث بقي الخيار للمشتري بين أن يمضي البيع بلا أرش للقديم أو يرد بلا أرش للحادث

(ب) إذا لم يرض البائع بالعيب الحادث ضم المشتري أرش الحادث للمبيع ورده . أو ضم البائع أرش القديم ولا رد — فإذا اختلفا في أي هذين الأمرين يأخذان به بأن طلب أحدهما الإمضاء مع أرش القديم وطلب الآخر الفسخ مع أرش الحادث أجيب طالب الإجازة[1] .

---

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٥٧ الجلال جـ ٢ ص ٢٠٥

(ا) فى هذه الصورة الرضا والتسامح من جهة البائع بقبول المبيع إذ أن المانع وهو الحاق الضرر بالبائع قد زال برضاه به .

(ب) فى هذه الصورة لم يرض البائع بالمبيع معيباً فللمشترى أن يقيم أرش الحادث إلى المبيع ويرد أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد المشترى لأن كلا من ذلك فيه جمع بين المصلحتين ورعاية للجانبين .

وهذا فى غير الربوى وإلا فتحصل الزيادة فيه الموجبة للحرمة فيتعين الفسخ مع أرش الحادث .

وإن بقى العيبان وتنازعا بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم فالأصح إجابة من طلب الإمساك مع أرش القديم سواء أكان هو البائع أم المشترى لما فيه من إجازة العقد .

والرأى الثانى يجاب المشترى مطلقاً لتلبيس البائع عليه .

والرأى الثالث يجاب البائع مطلقاً لأنه إما غارم أو آخذ مالم يرد العقد عليه بخلاف المشترى .

وكل ما سبق إنما يحكم تصرف المتعاقد إذا كان أصيلا أما إذا كان يتصرف بالولاية أو النيابة فإن له اختيار ما فيه أفضل حظ لمن يمثله .

التنازع فى زوال العيب القديم أَو الحادث :

مادة (٦٩) : إذا حدث عيب بالمبيع مثل القديم وزال أحدهما وتنازع العاقدان فى الزائد هل هو القديم أَم الحادث حلف كل منهما ، فإن حلفا سقط الرد بحلف البائع واستحق المشتري الأرش بحلفه [١] .

المذكرة الإيضاحية

العيبان الحادث والقديم متشابهان — كبياض فى العين — وزال أحدهما وحصل خلاف بين المتعاقدين .

فقال البائع الزائل القديم : فلارد ولا أرش .

وقال المشترى بل الحادث هو الذى زال فلى الرد .

وحلف كل منهما على ما قاله : سقط الرد بحلف البائع ووجب المشترى الأرش بحلفه .

وإنما وجب له مع أنه يدعى الرد لتعذر الرد .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٩

تقدير أرش العيب :

مادة (٧٠) : إذا اختلف المتعاقدان فى تقدير أرش العيب أخذ بالقدر الأقل بعد تحليفهما[1] .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان الأخذ بالأقل لأنه المتيقن وهذا للاحتياط من أخذ أموال الغير .

فإذا نكل أحدهما عن اليمين قضى عليه كما فى نظائره .

* * *

الفورية فى الإخبار بالعيب الحادث :

مادة (٧١) : (١) يجب أن يخبر المشترى البائع على الفور بالعيب الحادث مع القديم ليكون له الخيار . فإن أخر إعلامه بذلك عن فور الاطلاع على القديم بلا عذر فلا رد له به ولا أرش عنه .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٩

(ب) ويعذر المشتري في تأخير رد المبيع بالعيب القديم لوقوع حادث به قريب الزوال غالبا[1] .

المذكرة الإيضاحية

(١) يجب على المشترى إخبار البائع بالعيب الحادث مع القديم ليختار شيئاً مما مر من أخذ المبيع أو تركه وإعطاء الأرش عن القديم.

فان أخر المشترى إعلام البائع بذلك عن فور الاطلاع على القديم بلا عذر فلا رد له . ولا أرش عنه فمثله كمثل المشترى الذى أخر الرد حتى فوات مدة الخيار .

ولا يعذر المشترى إذا ما ادعى جهله بوجوب إعلام البائع بالعيب فور علمه به .

(ب) لو كان الحادث قريب الزوال غالباً كرمد وحمى عذر في انتظار زواله في أحد قولين :

وذلك ليرد المبيع سالما .

والثانى : المنع وليس له ذلك .

* * *

---

(١) الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٠٥ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٩

زوال العيب الحادث :

مادة (٧٢) إذا زال العيب الحادث بالمبيع :

(ا) إن كان بعد أخذ المشتري أرش القديم ، أو قضى به القاضى وإن لم يأخذه فليس له الفسخ ولا رد الأرش الذى أخذه .

(ب) وإن كانا قد تراضيا على أخذ أرش العيب القديم ولم يأخذه بالفعل ولم يقض به القاضى فللمشتري الفسخ بالعيب القديم .

(ج) وإن علم المشترى بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث حق له الرد القهرى[1] .

المذكرة الإيضاحية

(ا) ليس للمشترى فى هذه الصورة الفسخ ولا رد الأرش والعلة فى هذا انفصال الأمر بذلك .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٨ ، ٥٩ . الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٠٦

(ب) للمشترى الفسخ فى حالة عدم أخذ الأرش وقبل قضاء القاضى وهذا من حقه .

(حـ) المانع الذى كان من أجله منع من الرد قد زال — وهو العيب الحادث — وأصبح الموجود الآن العيب القديم فقط فأصبح من حقه الرد لوجود العيب فى المبيع .

فى الصور المتقدمة سواء كان الزوال طبيعياً أو بمعالجة من المشترى .

***

رد الارش بزوال العيب :

مادة (٧٣) إذا زال العيب القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه وإن زال بعد أخذ الأرش رده إليه .

المذكرة الإيضاحية

العلة فى هذا زوال المقتضى لأخذه وهو زوال العيب القديم الذى من أجله أعطاه البائع الأرش أما وقد زال السبب يسقط حقه فى الأرش فلا يطالب به إن كان لم يأخذه .

وأما إن كان قد أخذه فعليه رده وإن كان قد قضى به القاضى لزوال المقتضى لأخذه .

***

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٩ ، الجلال المحلى ج ٠ ص ٢٦ .

ظهور العيب القديم بالحادث :

مادة (٧٤) : إذا حدث عيب لا يعرف القديم إلا ربه رد المبيع بالقديم قهراً ولا أرش على المشترى بالعيب الحادث[1] .

المـذكـرة الإيضـاحيـة

هذا هو الأظهر لأنه مقدور فيه .

والثانى يرد وعليه الأرش رعاية للجانبين وهما ما بين قيمته صحيحاً معيباً ومكسوراً معيباً ولا نظر إلى الثمن .

والثالث لا يرد أصلا كما فى سائر العيوب الحادثة فيرجع المشترى بأرش القديم أو يغرم أرش الحادث . وهذا يتمثل فى البطيخ والبيض إذا كسر بعضهما — أو ثقب لمعرفة جودته .

وأما ما لا قيمة له كالبيض المذر فيتبين فيه فساد البيع لوروده على غير متقوم ويلزم البائع تنظيف المكان منه .

وإذا أمكن معرفة القديم بأقل مما أحدثه المشترى فكسائر العيوب الحادثة فيما تقدم فيها ولا رد قهرا — وقيل فيه القولان .

* * *

---

(١) المحلى جـ ٢ ص ٢٠٦ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ٥٩ ، ٦٠ .

رد المعيب وحده :

مادة (٧٥) إذا ظهر عيب فى المبيع أَو فى بعضه وأريد الرد . رد المبيع كله حيث كانت الصفقة واحدة فإن تعددت الصفقة بتعدد البائع أو بتعدد المشترى أَو بتفصيل الثمن فللمشترى رد المعيب وحده (١) .

المذكرة الإيضاحية

لا يرد بعض المبيع فى صفقة واحدة بالعيب قهرا ، وإن زال الباقى عن ملكه للبائع وفاقا لما جزم به المتولى والسبكى والبغوى لأنه وقت الرد ولم يرد . فإذا لم تتعدد الصفقة بأن كان المبيع شيئاً أو شيئين لاتتصل منفعة أحدهما بالآخر .

وظهر فيه أو فى بعضه عيب وأريد الرد رد المبيع كله لا المعيب وحده فى الأظهر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة فإن رضى البائع بذلك جاز التوزيع بتقديرهما سليمين وتقويمهما ويقسط الثمن المسمى عليهما .

---

(١) الجلال ج ٢ ٤ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، المغنى ج ٢ ص ٥٨ ، ٥٩ .

والثانى له رده وأخذ قسطه من الثمن لاختصاصه بالعيب .

وهـذا الخلاف محله فى شيئين لا تتصل منفعة احدهما بالآخر كعبدين ودارين ، أما ما تتصل منفعة أحدهما بالآخر كمصراعى باب وزوجى خف فلا يرد المعيب منهما وحده قهراً قطعاً .

فإن تعددت الصفقة بتعدد البائع كأن اشترى ماشيتين كل واحدة بمائة فله فى الأولى رد نصيب أحدهما وله فى الثانية رد أحدهما ، أو بتعدد المشترى كأن اشتريا ماشية من شخص واحد فلأحدهما الرد لنصيبه فى الأظهر لأنه رد جميع ما ملكه من المردود عليه .

* * *

اختلاف المتعاقدين فى قدم العيب وحدوثه :

مادة (٧٦) : (ا) إذا اختلف العاقدان فى قدم العيب وحدوثه صدق المشترى بلا يمين إذا لم يمكن إلا قدم العيب وصدق البائع بلا يمين إذا لم يمكن إلا حدوث العيب :

(ب) أما إذا أمكن قدم العيب وحدوثه فإن ادعى المشترى حقه فى الرد وأنكر البائع هذا الحق صدق بيمينه وإن ادعى البائع عدم وجود العيب عند القبض لزمته البينة[1] .

(١) الجلال المحلى وحاشية قليوبى ج٢ ص٢٠٦، ٢٠٧ . مغنى المحتاج ج٢ ص ٦١ ، ٦٢ .

هذه المادة بفقرتيها ا و ب تناولت فى كل منهما ادعاء وإنكاراً فالفقرة (ا) فيها ادعاء المشترى قدم العيب . وإنكار لهذه الدعوى من البائع والصورة الثانية عكسها . فالأولى كالجرح المندمل والبيع أمس . والثانية كجرح طرى والقبض من سنة .

والفقرة (ب) فيها المشترى يدعى القدم والبائع ينكر عليه هذه الدعوى .

والملاحظ أن الفقرة (ا) الحدوث أو القدم أمرها واضح وغير خفى فاكتفى بهذا الوضوح ليكون بمثابة بينة وأمارة على صدق مدعيه ولم ينظر إلى إنكار الطرف الآخر فكان هذا الظهور بينة واضحة عمل بها وأخذ بحجيتها .

والفقرة (ب) لم تتضح فيها البينة ولذلك طالبنا المنكر باليمين تمشياً مع القاعدة الأصولية والبينة على المدعى واليمين على من أنكر ، وهى مطبقة فى الفقرتين (ا و ب) .

فالأولى وضوح المدعى قام مقام البينة .

والثانية طولب فيها المنكر باليمين .

ففي الأخيرة المتعاقدان إختلفا في قدم العيب وحدوثه ودعواهما ممكنة لأنه يحتمل قدمه وحدوثه فيصدق البائع بيمينه لموافقته للأصل من استمرار العقد وطلب اليمين لاحتمال صدق المشترى ويكون اليمين على مثل الجواب فإن قال في جوابه ليس له الرد على بالعيب الذى ذكره ، أو لايلزمني قبول المبيع حلف على ذلك ولايكلف في الجواب التعرض لعدم العيب وقت القبض لجواز أن يكون المشترى علم العيب ورضى به .

فلو قال البائع علم المشترى العيب ورضى به كلف البينة على ذلك .

وإن قال في جوابه ما أقبضته وبه هذا العيب أو ما أقبضته إلا سليما من العيب حلف كذلك .

ثم تصديق البائع إنما هو من حيث منع الرد لالتغريم المشترى أرشاد

بل للمشترى بعد عود المبيع للبائع أن يدعى عدمه وأن يحلف أنه قديم .

وإذا صدقنا البائع بيمينه في الفقرة (ب) لا يثبت بيمينه حدوث العيب مطلقاً لأنها صلحت للدفع عنه فلا تصلح لشغل ذمة المشترى .

* * *

الزيادة فى المبيع :

مادة (٧٧) : إذا رد المشتري المبيع بعيب قديم فزيادته المتصلة به تتبعه فى الرد ولا شيء على البائع بسببها أما المنفصلة من المبيع التى حدثت بعد الفقد للمشترى إن رد المبيع بعد القبض أو قبله إلا إذا تسببت المنفصلة فى نقص الأصل فليس للمشترى الرد ويرجع بالأرش[1] .

المــذكــرة الإيضــاحيــة

المبيع إذا ظهر فيه عيب يكون للمشترى الحق فى رده إلى البائع ويسترد منه الثمن الذى دفعه له .

وهذا المبيع اما أن يكون على حالته التى كان عليها وقت العقد ، أو تـكون حصلت فيه زيادة . وهذه الزيادة إما متصلة بالمبيع أو منفصلة عنه .

فالمتصلة بالمبيع كالسمن فى الحيوان وكبر الشجرة تتبع الأصل فى الرد لعدم إمكان افرادها ولأن الملك قد تجدد بالفسخ فكانت الزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل كالعقد ثم لا فرق فى الزيادة بين أن

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦٠ ، ٦٠ . الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨

تكون فى الثمن أو المثمن ولا فى الفسخ بين أن يكون من البائع أو المشترى .

والزيادة المنفصلة التى حدثت بعد العقد كالمولود الذى حملت به بعد العقد ، والثمرة ، والأجرة الحاصلة من المبيع ، واللبن ، والركاز الذى يجده به ، فهذه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب عملا بمقتضى العيب وهى من المبيع للمشترى ومن الثمن للبائع إن رد المبيع — فى الأولى والثمن فى الثانية — بعد القبض سواء أحدث بعد القبض أم قبله لما روى « أن رجلا ابتاع من آخر غلاما فأقام عنده ماشاء الله ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبى ﷺ فرده عليه فقال يارسول الله : قد استعمل غلامى فقال ﷺ الخراج بالضمان» لما رواه الترمذى وحسنه والحاكم وصححه

ومعناه أن فوائد المبيع للمشترى فى مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه وقيس على المبيع الثمن .

أما الزيادة التى كانت موجودة عند العقد أو كان سببها قبل العقد فهى للبائع وليست للمشترى .

ويستثنى من الزيادة المنفصلة التى تترك للمشترى ولا ترد مع الأصل الزيادة التى تسببت فى نقص المبيع فإن المبيع لا يرد فى هذه الحالة نظراً لما طرأ عليه من نقص فى قيمته بسبب تلك الزيادة كأن حصل تعب وضعف للماشية بعد ولادتها بسبب الولادة . ويلزم البائع فى هذه الحالة الأرش ولا يلزمه قبول رد المبيع من المشترى .

* * *

استخدام المبيع لا يمنع الرد

مادة (٧٨) : استخدام المبيع ووطء الثيب الواقعان من المشترى بعد القبض أَو قبله لا يمنعان الرد ولا مهر على المشترى فى الوطء[1] .

المذكرة الإيضاحية

الاستخدام ووطء الثيب الواقعان من المشترى لايمنعان الرد وليس على المشترى المهر بذلك الوطء الواقع منه .

أما افتضاض البكر بعد القبض فهو نقص حدث المبيع فيمتنع الرد وقبله جناية على المبيع — فان كان من المشترى فلارد له بالعيب — وإن كان من غيره . وقد أجاز هو البيع فله الرد بالعيب ولا شيء له فى افتضاض البائع . وله فى افتضاض الأجنبي بذكره مهر مثلها و بغير ذكره ما نقص من قيمتها . فإن ردها بالعيب فللبائع من ذلك قدر أرش البكارة — وإن تلفت بعد افتضاض البكارة فعليه للبائع من الثمن ما استقر بافتضاضه وهو قدر ما نقص من قيمتها .

* * *

---

(١) الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦٠

التغرير الفعلى :

مادة (٧٩) إذا وقع تغرير فعلى فى المبيع ثبت للمشترى الخيار فور الاطلاع على العيب[1] .

المذكرة الإيضاحية

تمتاز الشريعة الإسلامية بالوضوح فى معاملتها وإظهار المتعاقدين بمظهر الأخوين .

يوضح هذا ويقرره قول رسول الله ﷺ : « المسلم أخو المسلم لايحل لمسلم باع من أخيه شيئاً يعلم به عيباً إلا بينه » وقد أوجب الفقهاء على غير البائع إذا علم عيباً بالمبيع أن يبينه للمشترى ولو كان كافراً ومثل العيب كل تغرير .

والتغرير إظهار المبيع بصفات ليست من شأنه كتصرية الماشية وهو حرام .

فإذا ثبت هذا التغرير للمشترى ثبت له الخيار على الفور من الاطلاع عليه كخيار العيب .

وقيل : يمتد ثلاثة أيام هذا إن لم ينسب إلى المشترى تقصير بأن كان ظاهراً لا يجهله أحد .

وهذا قياساً على التصرية التى هى أصل الباب بجامع التلبيس الحاصل فى كل والضرر المصاحب له ومعلوم أنه لا أثر لتوهم العيب بل لا بد من ثبوته .

---

(١) المحلى ج ٢ ص ٢٠٩ مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣

حكم الثمن المعين :

مادة (٨٠) : يأخذ الثمن المعين حكم المثمن فى جميع ما تقدم من الأحكام[1] .

المذكرة الإيضاحية

الثمن المعين هو المشاهد . أما غير المعين فهو ما كان فى الذمة . والمراد بالمعين المشاهد وهو من المعاينة والثمن والمثمن كلاهما مقابل للآخر وكل منهما ركن مستقل فى البيع وحكم الثمن والمثمن واحد فجميع الأحكام المتقدمة للمثمن من تلف حسى كالموت والضياع والتلف الشرعى كالوقف والرهن والرد بالعيب القديم وعدم الرد بالعيب الحادث وحكم الزيادة المتصلة وردها مع المثمن وحكم المنفصلة والأرش والفسخ . كل ذلك يسرى على الثمن ويأخذ الثمن حكم المثمن سواء كان نقداً أو متقوماً .

ملاحظة : المراد بالمعين : المشاهد لأن المعين صادق بما عين بوصفه وبما هو مشاهد أى معاين فالأول من التعيين والثانى من المعاينة أى المشاهدة .

* * *

---

(١) الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٠٢ مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٦ ص ١٨

إبطال الفسخ لظهور العيب الحادث :

مادة (٨١) : إذا فسخ المشترى قبل علمه بالعيب الحادث ثم ظهر هذا العيب للبائع بعد الفسخ فله الحق فى إبطال هذا الفسخ .

المـــذكـرة الإيضـاحيـة

للبائع الحق فى إبطال الفسخ الذى وقع من المشترى بعد اطلاع البائع على عيب حدث للمبيع وهو فى عهدة المشترى ، لأن هذا العيب سبب نقصاً فى قيمة المبيع ، والمبيع فى هذه الحالة كان فى ضمان المشترى فلا يسرى الفسخ لنقصان المبيع بهذا العيب ، ولهذا كان من حقه إبطال فسخ .

* * *

الإقالة من البيع :

مادة (٨٢) : يجوز لأحد المتعاقدين أو لورثته بعد موته إقالة الطرف الآخر من البيع ، فإذا اختلفا فى الثمن صدق البائع وإن اختلفا فى وقوع الإقالة صدق منكرها[١] .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦٣ ، المحلى ج ٢ ص ٢١٠ .

تندب إقالة النادم وتصح ولو قبل القبض .

ودليلها قول الرسول ﷺ : « من أقال نادماً أقال الله عثرته » ولابد لها من صيغة، وصيغتها تقابلنا أو تقاصحنا أو يقول أحدهما، أقلتك فيقول الآخر قبلت وهى فسخ فى أظهر القولين .

والفسخ من الآن وقيل من أصله ويترتب على ذلك الزوائد الحادثة وتجوز فى السلم وفى المبيع قبل القبض، وللورثة الإقالة بعد موت المتعاقدين وتجوز فى بعض المبيع وفى بعض المسلم فيه إذا كان ذلك البعض معينا .

وإذا اختلفا فى الثمن بعد الإقالة صدق البائع بيمينه على الأصح لأن الأمر موقوف عليه .

وإن اختلفا فى وجود الإقالة صدق منكرها بيمينه.

الباب الثالث

فى حكمة المبيع قبل القبض وبعده

من حيث الضمان وعدمه

أثر البيع الصحيح :

مادة (٨٣) : يترتب على البيع الصحيح آثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشترى وانتقال ملك الثمن إلى البائع حتى لو غاب العاقد أو فقد بعد ذلك لايؤثر فى صحة العقد وتمامه[١] .

المذكرة الإيضاحية

انتقال الملكية من البائع إلى المشترى تقارن تمام البيع صحيحاً ، فإذا تم البيع صحيحاً ترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشترى والثمن إلى البائع ولا أثر لتغيب أحد المتعاقدين أو فقده بعد ذلك .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٦٠ .

ضمان المبيع قبل قبضه :

مادة (٨٤) : المبيع قبل قبضه من ضمان البائع .

المذكرة الإيضاحية

هذا الباب يتناول أحكام كثيرة لم تتناولها المواد التى ذكرت من قبل فى انواع البيوع كحكم المبيع قبل القبض وبعده وأحكام القبض والتنازع فى البداءة بالتسليم والتصرف فى ماله تحت يد غيره مع ما يتعلق بذلك من أحكام .

فالمبيع قبل قبضه من ضمان البائع فينفسخ البيع بتلفه ويثبت الخيار بتعييبه أو بإتلاف الأجنبي له لبقاء سلطة البائع عليه وهذا معنى الضمان هنا سواء عرضه على المشترى فلم يقبله أم لا إلا أن وضعه بين يديه عند امتناعه فإنه يبرأ فى الأصح كما فى الروضة .

وإنما يكون الوضع بين يدى المشترى قبضاً فى الصحيح دون الفاسد والقبض فى كل شيء بحسبه فالدار بتخليتها والمنقول بنقله ويكفى فى النقد تناوله باليد .

والمراد بالمبيع نفسه لا الزوائد المنفصلة الحادثة فى يد البائع كثمرة

---

(١) الجلال المحلى جـ٢ ص ٢١٠ ، ١ ؛ ٢ مغنى المحتاج جـ ٢ ص٦٣ ، ٦٤

ولبن وصوف فإنها للمشترى لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله وهى أمانة فى يد البائع لأن ضمان الأصل بالعقد ولم يوجد العقد فى الزوائد ولم تحتو يده عليها لتملكها كالمستام ولا الانتفاع بها كالمستعير ولم يوجد منه تعد كالغاصب حتى يضمن . وسبب ضمان اليد أحد هذه الثلاثة .

وحكم ما بعد القبض والخيار للبائع وحده كحكمه قبل القبض .

* * *

الفصل الأول

حكم المبيع قبل قبضه

تلف المبيع :

مادة (٨٥) : (ا) إذا تلف المبيع بآفة سماوية أو أتلفه البائع انفسخ البيع وسقط الثمن ولا يبرأ البائع من هذا الضمان بإبراء المشترى إياه .

(ب) وإذا أتلفه الأجنبي خير المشترى بين إمضاء البيع وتغريم الأجنبي أو الفسخ ويغرم البائع الأجنبي .

(حـ) أما إذا أتلفه المشترى فإنه يكون قابضاً له[١] .

---

(١) جلال الدين المحلى وحاشيتى قليوبى وعميره جـ ٢ ص ٢١١ ، ٢١٢ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦٤ ، ٦٥ .

(١) إن تلف المبيع بآفة سماوية وهى ما ليست من فعل البشر — ويقابلها فى القانون المدنى القوة القاهرة — انفسخ البيع لتعذر قبض المستحق وسقط الثمن عن المشترى إن كان فى الذمة وإن كان معينا وجب رده أو ديناً على البائع عاد عليه كما كان وينتقل الملك فى المبيع إلى البائع قبيل التلف . وتجهيزه إذا كان عبداً مثلا يكون على البائع لانتقال الملك فيه إليه .

ولو أبرأه المشترى عن الضمان لم يبرأ فى الأظهر ولم يتغير الحكم المذكور للتلف لأنه أبرأه عما لم يجب . والثانى يبرأ لوجود سبب الضمان وهو العقد ويتغير الحكم المذكور للتلف فلاينفسخ به البيع ولايسقط به الثمن .

والمذهب عن إتلاف البائع للمبيع كتلفه بآفة فينفسخ البيع فيه ويسقط الثمن المعين عن المشترى ، وقطع بعضهم بهذا . ومقابله أنه لا ينفسخ البيع بل يتخير المشترى فإن فسخ سقط الثمن وإن أجاز غرم البائع البدل وأدى له الثمن وقد ينقاصان .

ولو أخذ المشترى المبيع بغير إذن البائع حيث له حق الحبس فله الاسترداد فلو أتلفه البائع فى يد المشترى فى هذه الحالة فهل عليه البدل

ولا خيار للمشترى لاستقرار العقد بالقبض ، أو يجعل مسترداً بالاتلاف كما أن المشترى قابض به ، فيه قولان بلا ترجيح فى كلام الشيخين ورجح ابن المقرى الثانى وهو المعتمد .

(ب) وإذا أتلف الأجنبي المبيع ، وكان هذا الإتلاف بغير حق ، وهو أهل للضمان ، فالأظهر أن هذا الإتلاف لا يفسخ العقد بل يتخير المشترى بين أمرين إجازة البيع ويغرم الأجنبى البدل ، أو الفسخ ويغرم البائع الأجنبي . ومقابل الأظهر أن البيع ينفسخ كالتلف بآفة قبل القبض .

(ح) وإذا أتلف المشترى أو من فى حكمه ممن وقع له العقد ، ولو بإذن البائع أو مكرها أو بأمر منه لغير مميز أو أعجمى أو كان المبيع فى يده لكنه قبضه تعديا اعتبر كل ذلك قبضاً للمبيع إن كان المشترى أهلا للضمان ، إن لم يكن هذا الإتلاف بوجه جائز شرعا — فإن كان غير أهل للضمان كغير مميز أو أعجمى بلا أمر من غيرهما ، أو كان الإتلاف بوجه جائز شرعاً كقتله لقصاص أو لصيال فلا يعتبر قبضاً كالآفة .

أما إن كان المشترى غير عالم بأن ما أتلفه هو المبيع فهل يعتبر ذلك قبضا ؟ قولان للشافعى قياساً على ما لو أكل المالك طعامه المغصوب ضيفاً للغاصب جاهلا أنه طعامه ، هل يبرأ الغاصب بذلك ؟ قولان أرجحهما نعم .

فعلى هذا : إتلاف المشترى قبض ، وعلى مقابله يكون كإتلاف البائع .

* * *

تعيب المبيع قبل القبض

مادة (٨٦) : إذا تعيب المبيع قبل القبض .

(ا) : فإن كان بآفة سماوية ، أو بفعل البائع ، ثبت الخيار للمشترى بين إمضاء البيع وفسخه . فإن أمضاه فبالثمن ولا أرش للعيب .

(ب) : وإن كان بفعل الأجنبى ثبت الخيار للمشترى ، فإن أمضى البيع غرم الأجنبى الأرش بعد قبض المشترى للمبيع ، وإن فسخ غرم البائع الأجنبى .

(ج) وإن كان بفعل المشترى فلا خيار له بهذا العيب[١] .

المذكرة الإيضاحية

(ا) إذا تعيب المبيع بآفة سماوية كمطر خير المشترى بين الفسخ والإجازة فان أجاز البيع أخذه بكل الثمن كما لو كان العيب مقارناً ولا أرش له لقدرته على الفسخ .

---

(١) الجلال المحلى ج ٢ ص ٢١٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ . ص ٦٦

ولو عيبه البائع فالمذهب ثبوت الخيار للمشترى لا التغريم .

أما الخيار : فلا خلاف فى ثبوته ، لأن فعل البائع إما كالآفة وإما كفعل الأجنبي وكلاهما مثبت للخيار قطعاً وإنما الخلاف فى التغريم أنه لا يثبت ، بناء على أنه كإتلافه الذى هو كالتلف بآفة على الراجح المقطوع به .

ومقابله ثبوت الخيار مع التغريم ، بناء على أن فعل البائع كفعل الأجنبي

ولو لم يعلم المشترى بالمال حتى قبض ، وحدث عنده عيب كان له الأرش لتعذر الرد .

(ب): وإذا تعيب المبيع بفعل الأجنبي غير الحربى بغير حق : فالخيار بتعييبه ثابت للمشترى قياساً على ما مر فى الإتلاف بين الإمضاء والفسخ فان أجاز البيع غرم الأجنبي الأرش ، لأنه الجانى ، ولكن بعد قبض المبيع ، أما قبله فلا ، لجواز تلفه ، فينفسخ البيع .

والمراد بالأرش فى الرقيق ما هو ثابت فى الديات وفى غيره ما نقص من قيمته .

(حـ) : وإذا تعيب المبيع بفعل المشترى فلا خيار له لحصوله بفعله فيمتنع بسببه الرد القهرى بالعيوب القديمة ويكون قابضاً لما أتلفه .

* * *

حكم تصرف المشترى فى المبيع قبل قبضه :

مادة (٨٧) :

(ا) : لا يصح من المشترى بيع المبيع قبل قبضه عقاراً كان أَو منقولا ، وإن أَذن البائع فى البيع وقبض الثمن والإجارة والرهن والهبة وجميع التصرفات عدا الإعتاق تأخذ حكم البيع فيما سلف .

(ب) : ويصح بيعه للبائع بعين الثمن إن كان باقياً ، أَو بمثله إن كان تالفاً ، أَو فى الذمة ، ويكون إقالة بلفظ البيع .

المذكرة الإيضاحية

(ا) لا يصح بيع المبيع قبل قبضه ، ولا الإشراك فيه ولا التولية منقولا كان أو عقارا وإن أذن البائع وقبض الثمن ، لقوله ﷺ لحكيم ابن حزام : «لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه» ، وعن زيد بن ثابت : أن النبى ﷺ : «نهى أن تباع سلعة حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» وذلك لضعف الملك قبل القبض ، بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله . وهذا أدعى لاستقرار التعامل .

والأصح أن بيعه للبائع كغيره، فلا يصح، لعموم الأخبار واضعف الملك

والثاني: يصح كبيع المغصوب من الغاصب — ومحل الخلاف: إذا باعه بغير جنس الثمن، أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة، وإلا بأن باعه بعين الثمن فهو إقالة بلفظ البيع فيصح — وقيل: لا يصح.

والقاضي ذكر القولين وبناهما على أن العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى. والأصحاب تارة يعتبرون اللفظ وهو الأكثر، كما لو قال بعتك هذا بلا ثمن لا ينعقد بيعاً ولا هبة على الصحيح. وكما لو قال: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بكذا ينعقد بيعاً لا سلماً على الصحيح، ويعتبرون المعنى كما لو قال: وهبتك هذا الثوب بكذا ينعقد بيعاً على الصحيح، فلم يطلقوا القول باعتبار اللفظ، بل يختلف الجواب بقوة المدرك كالإبراء في أنه إسقاط أو تمليك.

(ب): والأصح أن الكتابة والرهن والهبة والصداق والإقراض لا يصح بيعه قبل قبضه، بناء على أن العلة في المنع ضعف الملك.

والثاني: يصح بناء على أن العلة فيه توالي الضمانين.

ولا يدخل في المبيع زوائده الحادثة، فإنه يجوز بيعها، لأنها ليست بمضمونة على البائع، قاله الأزديلي[1].

---

(1) الجلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميره ج ٢ ص ٢١٠، ٢١١، مغني المحتاج ج ٢ ص ٦٦، ٧٧

وحكم المبيع قبل القبض حكمه بعد القبض والخيار للبائع واستثنى ابن الرفعة صورتين يصح فيهما البيع قبل القبض :

إذا اشترى من مورثه شيئاً ومات مورثه قبل قبضه ولا وارث له غيره ، لأنه صار فى يده شرعاً ، ويمتنع أن يقبض من نفسه لنفسه .

وإذا اشترى جزء شائعاً وطلب قسمته قبل قبضه فإنه يجاب إليه وإن قلنا القسمة بيع لأن الرضا غير معتبر فيها ، وإذا لم يعتبر الرضا جاز أن لا يعتبر القبض .

والأصح ان الإعتاق خارج من منع البيع قبل القبض ، فإنه يصح اعتاق العبد قبل قبضه لتشوف الشارع إلى العتق . ونقل ابن المنذر فيه الإجماع ، وسواء كان للبائع حق الحبس أم لا لقوته وضعف حق الحبس ولهذا يصح اعتاق الآبق — والثانى : لا يصح كالبيع لاشتراكهما فى إزالة الملك — والثالث : إن لم يكن له حق الحبس لتأجيل الثمن وإلا فلا ، لما فيه من إبطال حقه .

***

حكم الثمن المعين :

مادة (٨٨) : الثمن المعين يأخذ حكم المبيع فيما تقدم .

المذكرة الإيضاحية

الثمن : إما معين وإما فى الذمة ، فالمعين يأخذ حكم المبيع فى التلف والإتلاف والتعيب والبيع قبل القبض ، سواء كان الثمن نقداً أو غيره وسواء كان الإتلاف من البائع أو المشترى أو الأجنبي :

ولو أبدل المشترى الثمن المعين بمثله أو بغير جنسه وقع باطلا ولو برضا البائع .

فإن كان بعين للبيع ان كان باقياً أو بمثله إن كان تالفاً أو فى الذمة صح ، وكان إقالة بلفظ البيع .

ولو باع الثمن بعد قبضه ثم تلف المبيع قبل قبضه انفسخ العقد فيه دون الثمن . وإن لم يقبضه مشتريه ، ويضمن البائع بدله للمشترى ، ويظهر مثل ذلك فى عكسه .

وأما الكلام عن الدين الذى فى الذمة فالكلام فيه فى المادة التالية[1].

* * *

(١) الجلال المحلى وحاشية قليوبى جـ ٢ ص ٢١٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦٩

الفصل الثانى

فى قبض المبيع

حكم استبدال الثمن الذى فى الذمة :

مادة (٨٩) : (ا) : إذا كان الثمن فى الذمة جاز الاستبدال فيه ، فإن استبدل موافقاً فى علة الربا اشترط قبض البدل فى المجلس ولايشترط تعيين البدل فى العقد ، وإن استبدل غير موافق فى علة الربا لا يشترط القبض فى المجلس .

(ب) والقرض وبدل المتلف يأخذ حكم الثمن فى الذمة .

المذكرة الإيضاحية

(ا) : الجديد جواز الاستبدال عن الثمن الثابت فى الذمة وإن لم يكن نقدا لخبر ابن عمر رضى الله عنه أنه قال : كنت أبيع الإبل بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير ، فأتيت النبى ﷺ ، فسألته عن ذلك فقال : « لا بأس إذا تفرقتم وليس بينكما شىء »[1] .

---

(١) الجلال المحلى ج٢ ص٢١٤ ، ٢١٥ — مغنى المحتاج ج ٢ ص٧٩ .

وسواء أقبض الثمن أم لا ، وليس بينهما شيء من عقد الاستبدال لا من العقد الأول .

والقديم: المنع، لعموم النهى السابق لذلك ، وللمضمونات ضمان العقود كبدل خلع وصداق وأجرة حكم الثمن لاستقرارها ، بخلاف دين السلم وفرق بينه وبين الثمن بأنه معرض بانقطاعه للانفساخ أو الفسخ ، وبأن عينه تقصد ، بخلاف الثمن فيهما ، ويجوز استبدال الحال عن المؤجل وكأن صاحبه عجله ، بخلاف عكسه ، لعدم لحوق الأجل .

فإن استبدل موافقا فى علة الربا كدراهم عن دنانير أو عكسه اشترط قبض البدل فى المجلس حذرا من الربا ، فلا يكفى التعيين عنه والأصح أنه لا يشترط التعيين للبدل وتشخيصه فى العقد لأن الصرف على ما فى الذمة جائز .

والثانى : يشترط التعيين فى العقد للبدل ليخرج عن بيع الدين بالدين.
وإن استبدل ما لا يوافق فى علة الربا كثوب عن دراهم لا يشترط القبض فى المجلس للبدل ، لكن لا بد من التعيين فى المجلس قطعاً وفى اشتراط التعيين فى العقد الوجهان فى استبدال الموافق .

والثانى : يشترط القبض لأن أحد العوضين دين، فيشترط قبض الآخر كرأس مال السلم .

(ب) : ولو استبدل عن القروض جاز ولو لم يتلف ، خلافاً لبعض المتأخرين ، وإن كان قبل تلفه غير مستقر فى الذمة من حيث إن للمقرض أن يرجع فى عينه .

ولو استبدل عن قيمة المتلف أومثله ، وكذلك كل دين ليس بثمن ولامثمن كالدين الموصى به أوالواجب بتقدير الحاكم فى المتعة ،أو بسبب الضمان جاز لاستقرار ذلك وفى اشتراط قبضه فى المجلس وتعيينه الحكم السابق .

ملاحظة : وللفرق بين الثمن والمثمن فيكون الثمن النقدإن قوبل بغيره للعرف فان كانا نقدين أو عرضين فما التصقت به الباء هو الثمن والمثمن ما يقابله .

* * *

بيع مال الشخص الذى فى يد الغير أمانة

مادة (٩٠) :

للشخص بيع ماله الذى فى يد غيره أمانة ما لم يتعلق به حق أو عمل ، ومثله المضمون ضمان يد .

المذكرة الإيضاحية

البائع له حق التصرف فى ماله سواء كان هذا المال تحت يده أو كان تحت يد غيره أمانة ، وهو ضامن له ما لم يتعلق به حق أو عمل[1] .

(١) الجلال المحلى وحاشية قليوبى ج ٢ ص ٢١٣ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦٧ ، ٦٨ .

والأمانة تكون مضمونة إن فرط فيها كالوديعة والمشترك والقراض والمرهون بعد انفكاكه أو قبله وأذن له فى البيع المرتهن ، وكل مال موروث كان يجوز للوارث التصرف فيه، ومال باق فى يد وليه بعد رشده وكذلك بعد فك الحجر عنه .

والمضمون ضمان يد كالعارية والمأخوذ بسوم — وهو ما يأخذه من يريد الشراء ليتأمله أيعجبه أم لا .

أما المتعلق به حق أوعمل لايجوز بيعه وهو فى يد غيره ، فالأول كالمرهون قبل انفكاكه .

والمتعلق به حق العمل : كما لو أكرى صباغا أو قصارا لعمل ثوب وسلمه له فليس له بيعه قبل العمل ، وكذا بعده إن لم يكن سلمه الأجرة لأن له الحبس للعمل ، ثم لاستيفاء الأجرة ومثل ذلك صوغ الذهب ونسج الغزل ورياضة الدابة .

وأما إذا وفاه أجرته أو كان قبل شروعه فيصح تصرفه وإن سلمه له .

* * *

بيع الدين :

مادة (٩١) :

بيع الدين بالدين باطل، وبيعه بعين صحيح، بشرط كون الدين حالا مستقراً مع كون المدين مليئاً مقراً بذلك الدين .

لما كان التقابض شرطاً من شروط صحة البيع لما يترتب عليه من استقرار التعامل وتحقيق تبادل المنافع بين البائع والمشترى كان بيع الدين بدين مثله بيعاً باطلا ، لأنه لم يترتب عليه أى منفعة تعود على الطرفين ، وهذا مخالف للغرض الذى شرع من أجله البيع ، ولذلك نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عن بيع الكالىء بالكالىء ، وفسر ببيع الدين بالدين، كما ورد التصريح به فى رواية للبيهقى، والكلام هنا يستلزم الفرق بين البيع المقصود هنا وبين الحوالة فالحوالة : هى فى الواقع فيها معنى بيع الدين بالدين ، ولكنها بلفظ الحوالة وليست بلفظ البيع وجوزت للتخفيف كما سيأتى ؛ ولذلك لو وقعت بلفظ البيع تكون باطلة .

وبيع الدين بعين لغير من هو عليه باطل فى رأى ، ومثاله : بأن يشترى سيارة محمد بمائة على خالد ، والحكمة عدم قدرته على تسليم ذلك الدين — الذى هو الثمن — وهذا ورد فى المحرر والشرحين والمجموع وصححه الرافعى ، والرأى الثانى : يصح وهو المعتمد ، كما صححه فى زوائد الروضة موافقاً للرافعى واختاره السبكى[1] .

(١) الجلال للمحلى وحاشية قليوبى حـ ٢ ص ٢١٥ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧١ .

وقد اختارت اللجنة هذا الرأى لاستقراره ، وتيسيراً للبيع مع قوته واعتماده من أئمة الفقهاء كما ذكر .

ولذلك اشترطت له الشروط المذكورة لضمان نفوذ البيع ولضمان التقابض وتحقيقه بالشروط المبينة ، وهى كون الدين حالا غير مؤجل مستقراً وثابتاً غير متنازع فيه ، وكون المديون مليئاً غير معدم معترفاً بذلك الدين ، وفى هذه الشروط ضمان للبائع وفيها اطمئنان له .

* * *

كيفية قبض المبيع :

مادة (٩٢) :

قبض المبيع فى كل شىء بحسبه .

فقبض العقار يكون بتخليته للمشترى ، وتمكينه من التصرف ، بشرط فراغه من أمتعة تحت يد البائع حسب العرف فى ذلك .

وقبض المنقول : تحويله إلى مكان لايختص به البائع ، فإن جرى بمكان اختص به البائع اشترط إذنه فى ذلك ، ويكون معيراً للبقعة حينئذ .

فإن كان المبيع غائباً اعتبر مضى زمن يمكن الوصول إليه .

ويجب فيما بيع مقدراً بكيل أو وزن أو ذرع أو عد تقديره حسب ما تعاقدا عليه .

وكل ما يلحق بالمبيع عرفا يأخذ حكم المبيع مالم ينص على خلافه .

المذكرة الإيضاحية

البيع لايتم إلا بالقبض ، ومعلوم أن القبض يكون من المشترى والتخلية تكون من البائع إما بلفظه أو تمكين المشترى منه .

والعقار ويشمل الأرض والبناء والنخل فى الأرض والثمر على الشجر قبل أوان الجذاذ ، وأما المنقول وهو غير التابع فى صفقة البيع عند الإطلاق كحيوان وملابس .

والمبيع إما منقول أو غيره وكل إما حاضر فى مجلس العقد أو غائب عنه ، وكل إما بيد المشترى أو غيره ، وكل إما مشغول أو غير المشغول والمشغول إما بأمتعة المشترى أو البائع أو الأجنبى أو مشتركة ، والمشتركة إما بين اثنين منهم أو ثلاثة — المراد بأمتعة المشترى ماله يد عليها وحده

ولو بوديعة وإن كانت للبائع أو لأجنبي ، وحاصل الحكم فى قبضه : أنه يشترط فى المنقول نقله ولو حكماً ، وفى الغائب مطلقاً مضى زمن يمكن فيه الوصول إليه عادة . ثم إن كان كل منهما غير مشغول بأمتعة اشترط تمكن المشترى منه ، بتسليم مفتاحه مثلا ، أو الإذن له فى فعله ، واشترط إذن البائع فى قبضه إن كان له حق الحبس ، وإن كان مشغولا بأمتعة المشترى وحده اشترط مضى زمن التفريغ لا فعله . أو بأمتعة غيره اشترط التفريغ بالفعل ، ويشمل القبض ملحقات المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع حسب العرف فى ذلك ، وقصد المتعاقدين عند العقد ، وطبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة ولا يتم القبض إلا إذا تم حسب هذا القصد .

فإن قصد المقدار بالكيل أو الوزن أو العد أو القياس وجب تنفيذ هذا القصد حسب ما تعاقدا[1] .

* * *

قبض المبيع :

مادة (٩٣) :

للمشترى قبض المبيع من غير إذن البائع إذا كان الثمن

---

(١) الجلال المحلى جـ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦٩ ، ٧٠ .

مؤجلا وإن حل الأجل . أو كان حالا وسلم لمستحقه .

أما إذا كان الثمن حالا ولم يسلم فليس له الاستقلال بالقبض ، فإن فعل ضمن وعليه الرد حتى يستوفى البائع الثمن ولا ينفذ تصرفه فيه .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان الثمن مؤجلا فللمشترى قبض المبيع استقلالا لانتفاء حق الحبس ، وكذا لو حل قبل التسليم وإن خالف فى ذلك الأسنوى .

وإن كان حالا وسلمه لمستحقه فله قبض المبيع كذلك .

أما إن كان حالا ولم يسلمه كله أو بعضه فلا يستقل به بل لابد من إذن البائع ، فيه لأن حق الحبس ثابت له . فإن استقل به لزمه رده ولا ينفذ تصرفه فيه لكن يدخل فى ضمانه باليد الحسية لاالشرعية ليطالب به إن خرج واستقر ثمنه عليه(1) .

* * *

---

(1) الجلال المحلى حـ2 ص 217 ، مغنى المحتاج حـ 2 ص 72 .

رؤية المبيع عند القبض .

المادة (٩٤) :

(أ) : يشترط فى قبض المبيع الرؤية كما فى البيع .

١ — فتكفى الرؤية قبل القبض فيما لا يتغير إلى وقت القبض .

٢ — وتكفى رؤية الوكيل فى القبض وإن لم يره الموكل .

(ب) : لو أتلف المشترى المبيع بعد قبضه بلا رؤية كان قبضا .

المذكرة الإيضاحية

تقدم فى الكلام على المعقود عليه أن رؤيته لازمة لصحة البيع وكذلك عند القبض أيضاً إذا كان يتغير ، وتكفى قبله إذا لم يكن من طبيعته التغير (١) .

(١) حاشية قليوبى ج ٢ ص ٢١٧ .

ورؤية الوكيل تغنى عن الموكل .

وفى حالة عدم رؤية المبيع والمشترى قد أتلفه اعتبر هـذا الإتلاف قبضاً .

* * *

أجرة النقاد :

مادة (٩٥) :

أجرة النقاد — الخبير — المنتدب لنقد المبيع (فحصه) على المشتري والمنتدب لنقد الثمن على البائع .

المذكرة الإيضاحية

القصد من إحضار هذا الخبير إظهار عيب بالمبيع أو الثمن إن كان ليرد به كل منهما وسواء كان الثمن معيناً أولا ، والذى يستدعى الخبير من البائع أو المشترى يتحمل أجرته .

وإن أخطا الخبير فظهر بما نقده غش ، ونفذ الرجوع على المشترى فلا ضمان على النقاد وإن كان باجرة كما أطلقه صاحب الكافى .

والزركشى قيده بما إذا كان متبرعاً[1] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص٧٣ .

مصاريف القبض وأجرة الدلال :

مادة (٩٦) :

(ا) : أجرة التقدير وإحضار الغائب فى المبيع أو فى الثمن على الموفى بائعاً أو مشترياً .

(ب) : وأجرة النقل وتحويل المفتقر إليه القبض على البائع فى الثمن وعلى المشتري فى المبيع .

(حـ) : وأجرة الدلال فى المبيع على البائع .

فإن شرط خلاف ما تقدم فسد العقد .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع الشيء تقديراً بكيل أو وزن أو زرع أو عد اشترط مع النقل إذا كان منقولا ليتم قبضه كيله أو وزنه أو عده أو ذرعه لورود النص فى الكيل فى خبر مسلم: « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله » وقيس عليه الباقى ومؤنة القائم بهذا العمل على البائع .

وكذلك أجرة إحضار المبيع إذا كان غائباً إلى محل العقد على البائع ، فيلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى[1] لنقل الحق المبيع

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧١، حاشية قليوبى جـ ٢ ص ٢١٧، ٢١٨ .

إلى المشترى ، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلا أو عسيراً .

ويلتزم المشترى فى الثمن بمثل ذلك .

نفقات تسلم المبيع الحاضر على المشترى والثمن على البائع وتكاليف نقلهما إلى مخازنهما ، وكذلك أجرة التحويل المتمم للقبض .

وأجرة الدلال — وتشمل النشر والسمسرة وتكون على البائع وحدة .

فإن شرطت على المشترى فسد العقد :

وعلى هذا فالثمن إذا كان فى الذمة لزم تسليمه فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك .

* * *

اختلاف المتبايعين فيمن يبدأ بالتسليم :

مادة (٩٧) :

إذا كان الثمن فى الذمة وكان حالا واختلف المتبايعان فيمن يبدأ بالتسليم منهما أجبر البائع ، وإذا كان الثمن معينا أجبرا

إذا قال الذي باع (مال نفسه بثمن حال فى الذمة بعد لزوم العقد) لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشترى فى الثمن مثله ، وترافعا إلى الحاكم أجبر البائع على الابتداء بالتسليم ، لأن حق المشترى فى العين وحق البائع فى الذمة ، فيقدم ما يتعلق بالعين كأرش الجناية مع غيره من الديون — وفى قول المشترى لأن حقه متعين فى المبيع ، وحق البائع غير متعين فى الثمن ، فيؤمر بالتعيين ليتساويا فى تعيين الحق .

وفى قول لا إجبار أولا ، وعلى هذا يمنعهما الحاكم من التخاصم .
فمن سلم أجبر صاحبه على التسليم لأن كلا منهما ثبت له إيفاء واستيفاء ، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء ، حكاه الشافعى فى الأم عن غيره، ثم رده لأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوق .

وفى قول: يجبران لأن التسليم واجب عليهما فيلزم الحاكم كلامنهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل ، فإذا فعل سلم الثمن للبائع والمبيع للمشترى بيد يبدأ بأيهما شاء .

وإذا كان الثمن معيناً واختلفا أجبرا فى الأظهر لاستواء الجانبين لأن الثمن المعين كالمبيع فى تعلق الحق بالعين(١) .

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٧٤ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢١٨ .

أما إذا كان نائباً عن غيره كالوكيل وناظر الوقف والحاكم في بيع مال المفلس فإنه لا يجبر على التسليم بل لايجوز له ذلك حتى يقبض الثمن فلا يأتى إلا إجبارهما أو إجبار المشترى ولا يأتى قول الإعراض عنهما لأن الحال لا يحتمل التأجيل — ولو تبايع وليان أو وكيلان لم يأت سوى إجبارهما .

***

عدم وفاء المشترى بالثمن :

مادة (٩٨) :

إن سلم البائع المبيع بإجبار أو بدونه ولم يدفع الثمن إليه فيكون الحكم بالنسبة للثمن كالآتى :

١ — إن كان الثمن حاضراً أجبر المشترى على تسليمه وليس للبائع الفسخ .

٢ — وإذا لم يكن الثمن حاضرا .

(١) فإن كان المشترى معسراً فللبائع الفسخ واسترداد المبيع بشرط حجر الحاكم على المشترى .

(ب) وإن كان المشترى موسراً وماله فى بلد البائع

أو بمسافة قريبة حجر عليه فى أمواله كلها حتى يسلم الثمن للبائع .

(ح) : أما إذا كان مال المشترى بمسافة القصر فللبائع الفسخ واسترداد المبيع، فإن قبل الصبر حتى يحضر له المشترى الثمن حجر على المشترى فى أمواله كلها حتى يسلم الثمن للبائع .

المذكرة الإيضاحية

إذا سلم البائع المبيع بأجبار على الأظهر أو بدون إجبار على مقابل الأظهر أجبر المشترى على تسليم الثمن فى الحال فى المجلس إن كان الثمن حاضراً لأن التسليم واجب عليه ولا مانع منه ، وإذا أصر المشترى على الامتناع لا يثبت للبائع حق الفسخ .

والمراد بحضور الثمن حضور عينه إن كان معينا أو نوعه الذى يقضى منه إن كان فى الذمة فان ما فى الذمة قبل قبضه لا يسمى ثمناً إلا مجازاً .

وإن لم يحضر الثمن فإن كان المشترى معسراً بالثمن فهو مفلس فللبائع الفسخ بالفلس وأخذ المبيع(١) .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٢ ، الجلال المحلى ج ٢ ص ٢١٩

وحينئذ فيشترط فيه حجر القاضى .

وإن كان موسراً وماله بالبلد الذى فيه البائع وإن لم يكن بلد العقد أو بمسافة قريبة وهو دون مسافة القصر حجر عليه فى المبيع وفى جميع أمواله ، وإن كانت وافية بدينه حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف فى ذلك بما يبطل حق البائع — وهذا يسمى بالحجر الغريب — هذا إن لم يكن محجوراً عليه بفلس وإلا لم يحجر عليه أيضاً هذا الحجر لعدم فائدته ، لأن حجر الفلس يتمكن فيه من الرجوع فى عين ماله ، وهذا الحجر يخالفه فى ذلك ، وفى كونه لا يتوقف على ضيق المال، ولا يتوقف على فك القاضى بل ينفك بمجرد التسليم .

فإن كان ماله بمسافة القصر فأكثر لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره لتضرره بذلك والأصح أن له الفسخ ولا يحتاج هنا إلى حجر خلافا لبعض المتأخرين لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس به — والثانى ليس له الفسخ ، بل يباع المبيع ويؤدى حقه من الثمن كسائر الديون — فإن صبر البائع إلى إحضار المال فالحجر يضرب على المشترى حتى يسلم الثمن .

* * *

حابس العوض يقابل القبض :

مادة (٩٩) :

لكل من العاقدين حابس عوضه الحال ابتداء إن خاف

فوته حتى يقبض مقابله، أما المؤجل وإن حل فليس لأحدهما حبس مقابله حتى يقبضه .

المذكرة الإيضاحية

للبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه كله فى الحال ابتداء إن خاف فوته بلا خلاف، وكذا للمشترى حبس الثمن الحال إن خاف فوت المبيع بلا خلاف .

وإنما الأقوال إذا لم يخف البائع فوته وكذا للمشترى فوت المبيع وتنازعا فى مجرد الابتداء بالتسليم لأن الإجبار عند خوف الفوات بالهرب أو بهلاك المال أو نحو ذلك مما فيه ضرر ظاهر .

أما الثمن المؤجل فليس للبائع حبس المبيع وأن حل قبل التسليم لرضاه بتأخيره .

والفقرة الأخيرة من هذه المادة وردت بمناسبة حبس المبيع ولها مقابل فى المادة ٩٤ سالفة الذكر(١) .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٣ ، الجلال المحلى ج ٢ ص ٢١٩ .

الباب الرابع
فى ألفاظ يتبعها غير مسمياتها لغة

شروط التولية وصيغتها :

مادة (١٠٠) :

للمشترى بعد قبضه المبيع ولزوم العقد أن يولى غيره عقد البيع إذا كان عالماً بالثمن جنساً وقدراً وصفة .

(ب) : تنعقد التولية بلفظ يدل عليها إيجابا وقبولا .

المذكرة الإيضاحية

(أ) : التولية هى : نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثلى أو عين المتقوم بلفظ وليتك .

والتولية وما بعدها من الإشراك والمحاطة والمرابحة كل منها بيع بألفاظ مخصوصة مغايرة للفظ البيع . وهذا بعد لزوم العقد الأول مع العلم بالثمن(١) .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٦ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٢٠

ولابد للمولى أن يعلم ثمن المبيع فإذا قال المشترى بعد قبضه المبيع لعالم بالثمن — سواء حصل هذا الإعلام من المشترى أو غيره — وليتك هذا العقد فقبل المولى لزمه مثل الثمن جنساً وقدراً وصفة .

وعقد التولية بيع فى شرطه كالقدرة على التسليم والتقابض فى الربوى وترتب أحكامه ولكن لا يحتاج فيه إلى ذكر الثمن .

(ب) : تنعقد التولية بالألفاظ الدالة عليها، وهى إما صريحة أو كناية فالصريح فيها مثل : وليتك هذا العقد ، فهذا صريح بنفسه ونحو بعت بما اشتريت صريح بغيره .

أما إذا سكت عن ذكر العقد فيكون كناية مثل جعلته لك بما اشتريت .

ولابد للزومها فى الصريح والكناية من قبول الطرف الثانى وهو المتولى لها فيقول : قبلته أو توليته .

وظاهر كلام الفقهاء أنه لا فرق فى التولية بين كون الثمن حالا وكونه مؤجلا . وفيما إذا كان الثمن مؤجلا ووقعت بعد الحلول نظر فيجوز أن يقال: يكون الأجل فى حق الثانى من وقتها وأن يقال : يكون من حين العقد الأول فيلزمه الثمن حالا .

والأول أشبه لأن الأجل من صفات الثمن وقد شرطوا المثلية فى الصفة .

* * *

الثمن فى التولية :

مادة (١٠١) :

(ا) : يلزم المتولى مثل الثمن جنسا وقدراً وصفة إذا كان الثمن مثليا ولم ينتقل المبيع إلى المتولى .

(ب) : فإن كان الثمن مثليا وانتقل المبيع إلى المتولى أو كان الثمن متقوما فلا يصح عقد التولية إلا على عينه .

المذكرة الإيضاحية

(ا) : إذا لم ينقل المبيع إلى المتولى لزمه مثل الثمن جنساً وقدراً وصفة إذا كان مثليا .

(ب) : أما إذا نقل المبيع إلى المتولى والثمن مثلى أو متقوم — أى عرض — فالعقد يقع على عينه سواء علم بانتقاله أولا .

ويجب أن يصدق فى الشراء بالعرض فيذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالنقد . وسواء فى ذلك باعه مرابحة بلفظ الشراء ام بلفظ القيام(١) .

* * *

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٦ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٢٠

حكم عقد التولية :

مادة (١٠٢) :

عقد التولية عقد بيع بشروطه عدا ذكر الثمن فيكتفى بالعلم به . وتترتب على التولية أحكام البيع .

المذكرة الإيضاحية

عقد التولية بيع فى سائر شروطه كالتقابض فى الربوى والقدرة على التسليم ، لأن حد البيع صادق عليه — وكذلك ترتب جميع أحكامه من تجديد شفعة إذا كان المبيع شخصاً مشفوعاً عفا عنه الشفيع فى العقد الأول .

وكونها بيعاً يترتب عليه أن للمولى مطالبة المتولى بالثمن مطلقا وإن لم يطالبه البائع الأول خلافاً للإمام .

وكذلك تبقى الزوائد المنفصلة للمولى لأنه ملك جديد — وكذلك لو اطلع المتولى على عيب قديم مقدم على التولية رده على المولى لا على البائع الأول .

لكن يخالف عقد التولية عقد البيع فى عدم حاجة عقد التولية إلى ذكر الثمن بل يكفى العلم به عن ذكره لأن خاصيته البناء على الثمن الأول ، وإن لزمه أحكام البيع(١) .

* * *

(١) مغنى المحتاج ج٢ ص٧٦ ، الجلال المحلى ج٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١

أَثر حط شيء من الثمن فى التولية :

مادة (١٠٣) :

(ا) : إذا حط شيء من الثمن عن المولى قبل التولية فلا يصح عقد التولية إلا بالباقى .

(ب) : إذا حط الثمن أَو شيء منه عن المولى بعد التولية انحط عن المتولى .

(حـ) : إذا حط الثمن كله عن المولى قبل التولية فلا تصح التولية أَصلا .

المذكرة الإيضاحية

إذا حط عن المولى بعض الثمن بعد التولية انحط عن المتولى لأن خاصية التولية التنزيل على الثمن الأول، ويكون الحط من البائع أو وارثه أو وكيله ، فان كان الحط للبعض قبل التولية لم تصح التولية إلا بالباقى ولو حط عنه الكل قبل التولية ولو بعد اللزوم أو بعدها وقبل لزومها لم تصح التولية(١) .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٧ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٢٠

ولو حط عنه الكل قبل التولية ولو بعد اللزوم أو بعدها وقبل لزومها لم تصح، لأنها حينئذ بيع بلا ثمن، أو بعدها و بعد لزومها صحت وانحط الثمن عن المتولى، لأنها وإن كانت بيعاً جديداً فخاصيتها التنزيل على ما استقر عليه الثمن الأول فهى فى حق الثمن كالبناء وفى حق نقل الملك كالابتداء حتى تتجدد فيه الشفعة.

ولو كذب المولى فى إخباره بالثمن فكالكذب فيه فى المرابحة.

* * *

عقد الإشراك :

مادة (١٠٤) :

(ا) : يجوز للمشترى بعد لزوم البيع وقبض المبيع أن يدخل شريكا له فى المبيع .

(ب) : وتحصل هذه الشركة بلفظ يدل عليها .

(حـ) : وعلى المشترى تحديد ما أشركه به فلو أطلق صح العقد وكان مناصفة بينهما .

---

(١) الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٢١ .

الإشراك فى المبيع كالتولية فى جميع الأحكام فلابد من العلم به وتحصل الشركة بعد لزوم البيع وقبض المبيع .

وتحصل هذه الشركة بلفظ يدل عليها بأن يصرح بالمناصفة أو غيرها من الكسور لتعيينه حتى لو اطلق الإشراك صح أيضاً ويكون مناصفة بين القائل والقابل .

وللشريك الرد بالعيب على الذى أشركه ، فإذا رد عليه رد على الأول.

ولا يشترط ذكر العقد وقال الإمام وغيره : يشترط ذكر العقد بأن يقول : أشركتك فى بيع هذا أو فى هذا العقد ، ولا يكفى أشركتك فى هذا .

وبعد بيان القدر المشترك يلزم القابل بان يسدد القائل بقدر ما خصه من حصته من مثل ثمن حصته ، وإن تعددت الأطراف لزم كلا منهم من الثمن بقدر ما يخصه .

* * *

مادة (١٠٥) :

حكم عقد الإشراك :

بأخذ الإشراك فى المبيع حكم التولية فى جميع أحكامها .

---

(١) الجلال المحلى حـ٢ ص ٢٢٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٣ .

المذكرة الإيضاحية

الإشراك فى المبيع بأحد حكم التولية فى جميع أحكامها من تجديد شفعة إذا كان المبيع شقصاً مشفوعاً عفا عنه الشفيع فى العقد الأول ، وكذلك الحط فى الثمن ، ومعلوم أن الحط فى حق الثمن كالبناء وفى حق نقل الملك كالابتداء ولهذا تجددت فيه الشفعة كما بينا .

ومثل الحط والشفعة بقاء الزوائد المنفصلة .

ومعلوم أن عقد التولية بيع فله سائر شروط البيع كالتقابض فى الربوى والقدرة على التسليم وجميع أحكامه المذكورة من قبل .

* * *

مادة (١٠٦) :

الرد بالعيب فى الإشراك :

للشريك الرد بالعيب على المشترى وللمشترى أن يرد على البائع .

المذكرة الإيضاحية

الرد بالعيب مأخوذ حكمه فى الإشراك من حكم ظهور عيب فى المبيع المتقدم فى البيع .

* * *

(١) الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٢٢ .

عقد المرابحة والمحاطة :

مادة (١٠٧) :

(ا) : للمشترى بيع ما اشتراه بزيادة محددة أو معينة بنسبة من الثمن الذى استقر عليه العقد ولزم به كما يجوز له ترك جزء من الثمن محدد أو معين بنسبة منه .

(ب) : لا حاجة إلى ذكر الثمن فى المرابحة والمحاطة اكتفاء بعلم المشترى به .

المذكرة الإيضاحية

هذه المادة تناولت أحكام المرابحة والمحاطة ، وهما بيعان معروفان الأول فيه زيادة عن ثمن المبيع ، والثانى نقص عنه فيه ومعانيهما شرعا نقل كل المبيع أو بعضه إلى الغير بمثل الثمن الأول وبزيادة عليه أو نقص عنه .

فلو حط المشترى بعض الثمن عن المولى بعد التولية انحط عن المتولى ، لأن خاصية التولية التنزيل على الثمن الأول ولو حط جميعه انحط عن المولى أيضاً ولو كان الحط قبل التولية للبعض لم يصح التولية إلا بالباقى أو للكل لم تصح أصلا .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٤ ، الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٢٠، ٢٢١

ويكون الحط بلفظ يدل عليها كالحط والإسقاط والعفو والإبراء ويكون من البائع أو وكيله أو موكله أو من سيد مكاتب بعد عجزه لا من موصى له بالثمن ومحتال به لأنهما أجنبيان .

والمحاطة وإن كانت بيعاً جديداً فخاصيتها التنزيل على ما استقر عليه الثمن الأول ، ويصح البيع بها من غير كراهة لعموم قوله تعالى : (وأحل الله البيع) ومثلها المرابحة فى كل ما ذكر .

وبيع المحاطة والمرابحة يكون لعالم بالثمن المشترى به المبيع وإن كان لا يشترط ذكره فى اكتفاء بالعلم السابق له .

وله زيادة معلومة عن الثمن كأن يشترى شيئاً بمائة فيقول له : بعتك بمائة وعشرين أو بما قام على وربح كل جنيه كذا .

ومثل المرابحة المحاطة فى هذا ، فيقول للمشترى : بمائة بعته بتسعين أو بما قام على وحط كل جنيه كذا .

* * *

ما يزاد ومالا يزاد على ثمن المرابحة والمحاطة :

مادة (١٠٨) :

إذا جرى العقد فى المرابحة أو المحاطة بلفظ بعتك بما اشتريت لم يدخل فيه سوى الثمن الذى استقر عليه العقد ولزم به ؛

وإذا جرى بلفظ بما قام على دخل فيه ما تحمله من مصاريف ومؤن انفقت بقصد الاسترباح دون ما أنفق بقصد الاستبقاء أَو ما عمله المشترى بنفسه أَو عمل له تبرعاً [فإنه لا يدخل حينئذ] إلا أن ينص عليه .

المذكرة الإيضاحية

إذا جرى العقد بلفظ المحاطة أو المرابحة بلفظ بعتك بما اشتريت أو برأس المال لم يدخل فيه سوى الثمن الذى استقر عليه العقد عند لزومه لأنه المفهوم من ذلك . وهذا صادق بمافيه حط عما عقد به العقد أو زيادة عليه فى زمن الخيار .

ولوحط جميع الثمن فى مدة الخيار بطل العقد على الأصح كما لو باع بلا ثمن .

وإذا جرى العقد بلفظ — بماقام على — دخل مع ثمنه المصاريف المصروفة لقصد الاسترباح ومنها المؤن وأجرة الكيال للثمن المكال والدلال والحارس وأجرة المكان وأجرة طلاء المكان وعلف وتسمين وكذا المكس المأخوذ لأن جميع ذلك من مؤن التجارة .

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٧٨ ، الجلال المحلى حـ ٢ ص ٢٢٢، ٢٢٣

أما المؤن المقصودة للبقاء كنفقة الرقيق وعلف الدابة غير الزائد للتسمين وأجرة الطبيب إذا حدث المرض فلا تحسب ويقع ذلك فى مقابلة الفوائد المستفادة من المبيع .

ولو قام بالأعمال المتقدمة بنفسه تبرع بعملها شخص لم تدخل الأجرة مع الثمن إن قال بما قام على لأن عمله وما تطوع به غيره لم تعم عليه ، وإنما قام عليه ما بذله .

وإذا أراد إضافة قيمة الأعمال السابقة فيقول : بعتكه بكذا وأجرة عملى أو عمل المتطوع عنى وهى كذا أى النص على الإضافة صراحة ويجب علم المتبايعين بالثمن المبيع به فى نحو بعتك بما اشتريت أو بما قام على فلو جهله أحدهما بطل البيع على الصحيح لجهله بالثمن ، والثانى يصح لسهولة معرفته لأن الثمن الثانى مبنى على الثمن الأول .

* * *

حكم كذب البائع فى المرابحة والمحاطة :

مادة (١٠٩) :

(١) إذا زاد البائع بالمرابحة أو المحاطة فى الثمن أو ما قام عليه سقطت الزيادة ، ويعدل الربح والحط تبعا لذلك ولا خيار للمشترى .

(ب) : ويثبت للمشتري الخيار إذا ثبت كذب البائع في الإخبار بالأجل أو العيب أو شيء مما يجب ذكره .

المذكرة الإيضاحية

البيع في المرابحة والمحاطة مبنى على الأمانة ، لأن المشترى يعتمد فيه على نظر البائع ، ورضى لنفسه بما رضى به مع زيادة أو حط ، ولهذا وجب على البائع أن يصدق فى قدر الثمن الذى استقر عليه العقد أو قام المبيع عليه عند الإخبار به ، وكذلك الأجل والشراء بالعرض وبيان العيب الحادث عنده ، لأن المشترى يعتمد أمانته ، فيما يخبر به ، فيذكر انه اشتراه بكذا لأجل معلوم ، لأنه يقابله قسط من الثمن ، وانه اشتراه بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر على ذكر القيمة ؛ لأنه يشدد فى البيع بالعرض فوق مايشدد فى البيع بالنقد وأنه حدث عنده هذا العيب لنقص المبيع به عما كان حين الشراء .

وفائدة الوجوب هنا رفع الإثم عنه ، وسقوط الزيادة وربحها ، التى كذب فيها البائع وثبوت الخيار له فى غيرها كما سنبينه .

وإن كان العقد صحيحا مع هذا .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٨ ، الجلال المحلى جـ٢ ص ٢٢٣، ٢٢٤ .

والأظهر أنه يحط الزيادة وربحها لكذبه ، والثاني لايحط شيئاً لعقد البيع بما ذكر .

والأظهر بناء على الحط أنه لا خيار للمشترى لأنه قد رضى بالأكثر فأولى أن يرضى بالأقل . والثانى له الخيار لأنه قد يكون له غرض فى الشراء بذلك المبلغ لإبرار قسم أو إنفاذ وصيته ، وعلى قول عدم الحط للمشترى الخيار جزماً لأن البائع غره ، وعلى قول الحط لايتوقف ذلك الحط على طلب بل يتبين أن البيع انعقد بذلك كما فى الشفعة . وبذلك يتبين أن الحط ليس كأرش العيب القديم ، ثم وجه الحط التنزيل على الثمن الأول .

(ب) : ولو لم يبين الأجل أو العيب أو شيئاً مما يجب ذكره ثبت للمشترى الخيار لتدليس البائع عليه بترك ما وجب عليه .

وقد علم من ذلك أنه لاسقوط فى غير الكذب ، ويندفع ضرر المشترى بثبوت الخيار له . وإن قال الإمام والغزالى بالسقوط ، وهو حط التفاوت .

* * *

ادعاء البائع الغلط فى العقود الثلاثة :

مادة (١١٠) :

إذا ادعى البائع فى أحد العقود المتقدمة بعد العقد غلطا فى الثمن فيكون الحكم كالآتى :

١ — إن صدقه المشترى فى ذلك فالبيع صحيح ، ولا يلزم المشترى بالزيادة ويكون للبائع الخيار .

٢ — وإن كذبه المشترى ولم يبين البائع لغلطه وجها محتملا لم يقبل قوله ولا بينة وله تحليف المشترى أنه لا يعرف ذلك ، فإن حلف أمضى العقد على ما حلف عليه وإن نكل عن اليمين ردت على البائع وصار للمشترى الخيار بين إمضاء العقد على ما حلف عليه البائع وبين فسخه .

٣ — أما إن بين لغلطه وجها محتملا فتقبل بينته التى يقيمها بالزيادة وله تحليف المشترى .

المذكرة الإيضاحية

لو زعم البائع بعد عقد المرابحة أنه اشتراه بمبلغ زائد على المسمى أولا فى عقد المرابحة — ومثله على العكس عقد المحاطة .

١ — إن صدقة المشترى فى ذلك الزعم ، فالأصح بقاء صحة البيع ،

ولاتثبت الزيادة ، ويكون للبائع الخيار ، لأن البائع نقص حقه عن الثمن الذى ادعاه ، ولذلك نزل الثمن على العقد الأول ، ولاضرر على المشترى وإنما كان البيع صحيحا ، لأنه حتى لو كان تقريراً ، فالتقرير لايمنع الصحة . ولذلك نظير كما فى عقد الشفعة إذا أخذت بما أخبر به المشترى وكان العقد لم ينعقد إلا بما بقى فالعقد على الثمن الأول و المعتمد .

وقيل تثبت الزيادة وربحها وللمشترى الخيار بناء على الصحة ، وخياره على الفور كالعيب .

٢ — وإن كذبه المشترى ولم يبين البائع لغلطه وجهاً محتملا ، لم يقبل قوله ولا بينته والبيع صحيح ولاخيار له ، وله تحليف المشترى ، إنه لايعرف ذلك فى الأصح لأنه يقر عند عرض اليمين عليه . وإنما لم يقبل قوله لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمى ، وكذلك البينة لم تقبل لتكذيبه لها بقوله الأول ، والرأى الثانى البيع ليس بصحيح ولا نسمع ببينة .

وعلى الأول : إن حلف أمضى العقد على ماحلف عليه وإن نكل عن اليمين ، ردت على البائع . وعلى الرد يحلف البائع أن ثمنه كذا وينص على الزيادة وللمشترى حينئذ الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه وبين فسخه .

وإن بين لغلطه وجهاً محتملا ، كأن قال كنت راجعت دفترى فغلطت من ثمن بضاعة الى اخرى فله تحليف المشترى لأن مابينه يحرك ظن صدقه ، وقيل فيه الخلاف .

والأصح على التحليف مماع بينته التى يقيمها بأن الثمن فيه الزيادة المذكورة

والثانى لا يسمع لتكذيب قوله الأول لما وهذا هو المشهور .

* * *

الفصل الثانى

بيع الأصول والثمار وغيرهما

ما يدخل فى بيع الأرض

مادة (١١١) :

إذا بيعت الأرض تبعها ما فيها من بناء وشجر وما يجز أوتؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الأرض أو الساحة أو البقعة بما فيها من بناء وشجر — أو رهنها كذلك دخلت فى العقد قطعا .

وإذا استثناها كبعتك الأرض أو رهنتك دون مافيها لم تدخل فى العقد قطعاً وإن أطلق فالمذهب أنه يدخل البناء والشجر الرطب

فى البيع دون الرهن . لأن البيع قوى بدليل أنه ينقل الملك فاستتبع بخلاف الرهن .

والطريق الثانى : القطع بعدم الدخول فيهما لخروجهما عن مسمى الأرض .

والثالث فيهما قولان : أحدهما عدم الدخول لما مر — والثانى : يدخلان لأنهما للدوام فأشبها أجزاء الأرض .

ومثل البيع كل ما ينقل الملك من نحو هبة كوقف وصدقة ووصية ، ومثل الرهن نحو عارية .

أما الشجر اليابس فلا يدخل فى البيع إلا إن جعلت الشجرة دعامة لجدار أو عرش عليها عريش فتدخل ، لأنها صارت كجزئها ، فهى بالو تد أشبه .

ولا يدخل فى بيع الأرض سيل الماء وشربها من القناة والنهر المملوكين حتى بشرطه إلا إن كان داخلا فيها فلا ريب فى دخوله .

ويخالف ذلك ما لو استاجر أرضاً لزرع أو غراس فإن ذلك يدخل مطلقاً ، لأن المنفعة لا تحصل بدونه ومثل الشجر أصول البقل التى تبقى سنتين فأكثر كالقت والهندبا والكرات أو ما يؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى كالنرجس والبنفسج لأن هذه للثبات والدوام فتدخل فى البيع دون الرهن .

ولا يدخل فى مطلق بيع الأرض ما يؤخذ بقلع أو قطع دفعة واحدة كحنطة وشعير وغيرهما، لأنه ليس للدوام فأشبه منقولات الدار .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٠ ، ٨١

بيع الأرض المزروعة بما لا يتبعها :

مادة (١١٢) :

يصح بيع الأرض المزروعة بما لا يتبعها فى البيع .

وللمشترى الخيار إن جهل الزرع .

وفى حالة إمضاء العقد يحصل القبض وينتقل الضمان بالتخلية . ولا أجرة للمشتري عن بقاء الزرع إلى حصاده .

المذكرة الإيضاحية

لا يمنع الزرع الذى لا يدخل فى البيع صحة بيع الأرض المزروع فيها على المذهب كما لو باع داراً مشحونة بأمتعة .

والقول الثانى تخريجه على القولين فى بيع الدار المستأجرة لغير المشترى : أحدهما البطلان .

وفرق الأول بان يد المستأجر حائلة . أما الزرع الذى يدخل فلا يمنع الصحة بلا خلاف .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٨٢

وللمشترى الخيار إن جهل الزرع الذى لا يدخل ، بأن كان قد رآها قبله أو لم يسترها الزرع . أو كان قد رآها من خلاله ، وجهل كونه باقيا إلى الشراء ، أما إذا كان عالماً بذلك فلاخيار له لتقصيره إلا إن ظهر امر يقتضى تاخير الحصاد عن وقته المعتاد فله الخيار .

وكذلك لا يمنع الزرع المذكور دخول الأرض فى يد المشترى وضمانه إذا حصلت التخلية فى الأصح لوجود التسليم فى عين المبيع .

والثانى يمنع كما تمنع الأمتعة المشحون بها الدار من قبضها .
وفرق الأول بان تفريغ الدار متأت فى الحال غالباً بخلاف الأرض .

* * *

حكم البذر الذى لا ثبات لنباته :

مادة (١١٣) :

البذر الذى لاثبات لنباته يأخذ حكم الزرع الذي لايدخل فى بيع الأرض فى كل ما تقدم .

المذكرة الإيضاحية

البذر الذى لاثبات لنباته ويؤخذ دفعة واحدة لا يدخل فى بيع الأرض ويبقى إلى أوان الحصاد كالزرع ، ومثله القلع فيما يقلع .

مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٨٢

وللمشترى الخيار إن جهله وتضرر به . وصح قبضها مشغولة به . ولا أجرة له مدة بقائه . فإن تركه له البائع سقط خياره وعليه القبول .

والبذر الذى يدوم كنوى النخل وبذر الكرات ونحوه من البقول وحكمه فى الدخول فى بيع الأرض كالشجر .

والأصح أنه لا أجرة للمشترى مدة بقاء الزرع الذى جهله وأجاز كما لا أرش له فى الإجازة بالعيب . ولأنه بالإجازة رضى بتلف المنفعة تلك المدة . فاشبه ما لو باع داراً مشحونة بأمتعة فإنه لا باجرة لمدة التفريغ .

والثانى له الأجرة لأن المنافع متميزة عن المعقود له فليست كالعيب أما إذا كان عالماً فلا أجرة له جزماً .

* * *

بيع أرض مع بذر لا لفرد :

مادة (١١٤) :

١ — إذا بيعت أرض مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع بطل فى الجميع .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٢

إذا باع أرضاً مع بذر أو زرع بها لايصح بيعه وحده كبر لم ير كأن فى سنبله ، أو كان مستوراً بالأرض كالفجل .

والبذر الذى لايفرد بالبيع هو مالم يره ، أو تغير بعد رؤيته ، أو امتنع عليه أخذه يظل البيع فى الجميع جزما للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع . إلا ان دخل فيها عند الإطلاق بان كان دائم الثبات صح البيع فى الكل . وكأنه ذكره تأكيداً .

وقيل فى الأرض قولان : أحدهما كالأول . والثانى الصحة فيها بجميع الثمن .

* * *

حكم المدفون فى الأرض :

مادة (١١٥) :

(ا) : يدخل فى بيع الأرض ما كان مخلوقاً فيها دون المدفون

(ب) : لمشترى الأرض التى بها مدفون الخيار إن جهل المدفون وكان فى القلع ضرر .

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٨٢

يدخل فى بيع الأرض الحجارة المخلوقة أو المثبتة فيها لأنها من أجزائها فإن كانت تضر بالزرع أو الغرس فهو عيب — إن كانت الأرض تقصد لذلك — مثبت للخيار .

أما المدفونة فيها كالكنوز فلا تدخل فيها كبيع دار فيها أمتعة ولا خيار للمشترى أن علم ولو ضر قلعها . فإذا جهل ضررها وكان لا يزول بالقلع أو تتعطل به مدة لمثلها أجرة فله الخيار . ويلزم البائع القلع أو النقل تفريغا لملك المشترى بخلاف الزرع لأنه له امداً ينتظر . وللبائع التفريغ أيضا وإن ضر المشترى . ويلزمه تسوية حفر الأرض الحاصلة بالقلع باعادة التراب المزال بالقلع مكانه .

وكذا لاخيار للمشترى إن جهل الحال ولم يضر قلعها باء لم تنقص الأرض به ولم يحوج النقل والتسوية إلى مدة لمثلها أجرة سواء ضر تركها أم لا .

ويلزم البائع النقل وتسوية الأرض ولا أجرة عليه .
أما إن ضر قلعها بان نقصت الأرض أو أحوج التفريغ والتسوية إلى مدة لمثلها أجرة فللمشترى الخيار ضر تركها أم لا .

ولا يسقط خياره بقول البائع أنا أغرم لك الأجرة والأرش للمنة . ويسقط خيار المشترى إذا ترك البائع الحجارة له وكان تركها

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٢ ، ٨٣

لايضر المشترى ولا منة فى ذلك إذ الترك إعراض لا تمليك فللبائع الرجوع فيه ويعود برجوعه خيار المشترى .

فإن أجاز المشترى حيث ثبت له الخيار لزم البائع القلع والنقل تفريغا لملك المشترى ، ولزمه تسوية الأرض كما سبق .

* * *

أجرة الأرض مدة نقل المدفون :

مادة (١١٦) :

تجب على البائع أجرة المثل مدة نقل المدفون من الأرض المبيعة إن نقل بعد القبض لا قبله .

المذكرة الإيضاحية

فى وجوب اجرة المثل مدة النقل إذا نقل البائع فى مدة لمثلها أجرة أوجه .

أصحها : تجب إن نقل بعد القبض لا قبله حيث خير المشترى لأن التفريغ المفوت للمنفعة مدة جناية من البائع وهى مضمونة عليه بعد القبض لاقبله لأن جنايته قبل القبض كالآفة .

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٣

والثانى : تجب مطلقا بناء على أنه يضمن جنابته قبل القبض .

والثالث : لا تجب مطلقا لأن إجازة المشترى رضا بتلف المنفعة مدة النقل .

* * *

ما يدخل فى المبيع :

مادة (١١٧) :

يدخل فى المبيع ما يندرج تحت اسمه عرفا أو كان ثابتاً متصلا به .

المذكرة الإيضاحية

يدخل فى بيع البستان عند الإطلاق : الأرض والشجر والحيطان المحيطة بها ، لدخولها فى مسمى البستان . وكذا البناء ، الذى فيه على المذهب .

وقيل : لا يدخل . وقيل : فى دخوله قولان ، كما تقدم فى دخوله فى بيع الأرض ويدخل عريش توضع عليه قضبان العنب . ولا تدخل المزارع التى حول هذه المذكورات لأنها ليست منها .

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٤ ، ٨٥

ويدخل فى بيع القرية عند الإطلاق الأبنية من سور وغيره وساحات وأشجار يحيط بها السور . بخلاف الخارج عنه . أما المزارع والأشجار التى حولها فلاتدخل على الصحيح . ولو قال بعتكها بحقوقها لأن العرف لايقتضى دخولها .

والثانى : تدخل . والثالث : إن قال بحقوقها دخلت وإلا فلا .

فإن لم يكن لها سور دخل مااختلط بنائها من المساكن والأبنية، ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السور المتصلة به — ويدخل السور لأنه داخل تحت إسمها . وحيث دخل السور دخلت المزارع التى من داخله مما يصح بيعها .

ويدخل فى بيع الدار عند الإطلاق الأرض إجماعا إذا كانت مملوكة للبائع فإن كانت موقوفة او محتكرة لم تدخل — ويثبت الخيار للمشترى إذا كان جاهلا بذلك . كما تدخل الأبنية بطبقاتها وما كان مثبتا فيها من حمام وأبواب وإجانات ، ورف وسلم بخلاف المنقول كالدلو والبكرة والسرير فلا تدخل .

ويدخل فى بيع الدار المعادن الباطنة كالذهب والفضة ، لاالظاهرة كالملح والبؤرة والكبريت فلا تدخل فيه إلا بشرط دخولها. ولايصح بيعها وحدها .

ويدخل فى بيع الدابة نعلها ولا يدخل المقود واللجام والسرج اقتصار على مقتضى اللفظ . وتدخل ثياب العبد التى عليه فى بيعه فى الأصح . ولا يدخل القرط ولا الخاتم .

بيع الشجر مع القلع والقطع والإبقاء :

مادة (١١٨) :

(أ) : يصح بيع الشجر بشرط القلع أو القطع أو الإبقاء للشجرة الرطبة .

(ب) : ولا يدخل المغرس فى حالة إبقاء الشجرة الرطبة ويستحق المشترى منفعته ما بقيت تلك الشجرة .

المذكرة الإيضاحية

يصح بيع الشجر بشرط القلع وتدخل العروق . أو بشرط القطع ولا تدخل بل تقطع عن وجه الأرض . كما يصح البيع بشرط الإبقاء . وعند الإطلاق يقتضى الإبقاء فى الشجرة الرطبة للعادة . ولا يدخل فى بيعها المغرس لأن اسم الشجرة لا يتناوله فليس له بيعه ولا إن يغرس المشترى بدلها إذا قلعت . لكن يستحق المشترى منفعته فيجب على ما لكه أو مستحق منفعته باجارة أو وصية أن يمكنه منه مابقيت الشجرة الرطبة بنعالها . ولو تفرخت منها شجرة أخرى

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ص ٨٥ ، ٨٦

استحقت إبقاءها إلحاقاً لها بما يتجدد فى الأصل من العروق والغلظ .

قال الأسنوى : يحتمل أن تبقى مدة بقاء الأصل فإن زالت أزيلت وهذا أظهر . وما يعلم استخلافه كشجر الموز فلا شك فى وجوب بقائه .

وما يسامت أصل الشجرة خاصة والموضع الذى ينتشر فيه عروق الشجرة حريم للمغرس حتى لا يجوز للبائع أن يغرس إلى جانبها ما يضرها .

فإذا كانت الشجرة يابسة لزم المشترى القلع للعادة . فإن شرط قطعها لزمه الوفاء به . ويبطل البيع إذا شرط إبقاءها .

وتدخل عروق الشجرة فى البيع إلا إذا شرط قطعها كما يدخل ورقها لأن ذلك من مسماها . وفى ورق التوت الأبيض الأنثى المبيع شجرته فى الربيع وجه : أنه لا يدخل وتدخل الأغصان الرطبة لأنها تعد من أجزائها بخلاف اليابسة إذا كانت الشجرة رطبة فلا تدخل .

* * *

حكم ثمر النخل والشجر المبيع :

مادة (١١٩) :

(١) : إذا اشترط أن تكون ثمرة النخل أو الشجر المبيع للبائع أو المشترى عمل بالشرط .

(ب) : وإذا لم يكن هناك شرط تكون الثمرة للمشترى إذا لم يتأبر (لم يتلقح) — منها شيء . وتكون للبائع إن حصل تأبير ولو للبعض .

المذكرة الإيضاحية

ثمرة النخل المبيع إن شرطت للبائع أو المشترى عمل به ، سواء كانت قبل التأبير أم بعده وفاء بالشرط . ولو شرط غير المؤبرة للمشترى كأن تأكيداً كما قاله المتولى .

أما إذا لم تشترط لواحد منهما فإن لم يتأبر منها شيء فهى كلها للمشترى . وإن تأبر منها شيء فهى للبائع كلها . والأصل فى ذلك : خبر الصحيحين :

« من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع ، إلا أن يشترطها المبتاع » .

مفهومه : أن الثمر إذا لم تؤبر تكون للمشترى إلا أن يشترطها البائع ، وألحق بالنخل سائر الثمار ، وبتأبير كلها تأبير بعضها بتبعية غير المؤبر للمؤبر لما فى تتبع ذلك من العسر .

والتابير تشقيق طلع الإناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء رطبها أجود مما لم يؤبر . والعادة الاكتفاء بتأبير البعض إذ الباقى ينبث ريح الذكور إليه .

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٨٦ مراجعة الشجر

حكم الشجر الذي يخرج فى نوره والذى يخرج بلانور :

مادة (١٢٠) :

(١) : إذا كان شجر المبيع مما يخرج ثمره بلا نور فللبائع ثمره إن برز وإلا فللمشترى .

(ب) : أما إن كان الثمر مما يخرج فى نوره فهو للمشترى إن سقط النور ولم تنعقد الثمرة . وكذا إن انعقدت ولم يتناثر النور . وهو للبائع إن انعقدت وتناثر النور .

المذكرة الإيضاحية

مايخرج ثمره بلا زهر كتين وعنب إن ظهر ثمره فللبائع . وإن لم يظهر ثمره فللمشترى . لأن البروز هنا كالتشقق فى الطلع .. ولا يعتبر تشقق القشر الأعلى من نحو جوز . بل هو للبائع مطلقاً لاستتاره بما هو من صلاحه .

وإن ظهر بعض التين أو العنب فما ظهر للبائع وما لم يظهر فللمشترى ، وفرق بينه وبين طلع النخل بأن ثمرة النخل ثمرة عام واحد

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٧

وهو لا يحمل فيه إلا مرة . أما التين ونحوه فيحمل مرة بعد أخرى فكانت الأولى للبائع والثانية للمشترى .

وما خرج فى نوره ثم سقط كمشمش وتفاح فللمشترى إن لم تنعقد الثمرة لأنها كالمعدومة . وكذلك إن انعقدت ولم يتناثر النور فى الأصح إلحاقاً لها بالطلع قبل تشققه . والثانى يلحقها به بعد تشققه لاستتاره بالقشر الأبيض فتكون للبائع .

وتكون بعد تناثر النور للبائع قطعاً لظهورها .

ولو باع نخلات بستان مطلقة أى خرج طلعها وبعضها مؤبر فللبائع طلعها جميعه المؤبر وغير المؤبر . فإن أفرد مالم يؤبر بالبيع واتحد النوع فللمشترى طلعه فى الأصح . والثانى : هو للبائع اكتفاء بدخول وقت التأبير عنه وأما المؤبر فللبائع .

* * *

مادة (١٢١) :

قطع البائع الثمر المستحق له :

إذا كان بائع الشجرة مستحقاً لثمرتها لزمه القطع إذا شرط فإن لم يشرط القطع كان له تركها إلى وقت الجذاذ .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٧ ، ٨٨

(٢) والجداد بالدالين ، أو الذالين المقطع .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٧ ،

اذا بقيت الثمرة للبائع بشرط او غيره فإن شرط القطع لزمه وفاء بالشرط . وإن أطلق أو شرط الإبقاء فله تركها إلى زمن الجداد تحكيما للعادة — كما يجب تبقية الزرع إلى أوان الحصاد — وإبقاء المتاع فى السفينة فى اللجة إلى الوصول إلى الشط .

فإذا جاء أوان الجداد فليس له الصبر حتى يأخذها على التدريج ولا تأخيرها إلى تناهى تضجها بل المعتبر فى ذلك العادة فالموز يقطع قبل النضج فى بعض الأماكن .

ويستثنى من التبقية صورتان :

الأولى : إذا تعذر سقى الثمر لانقطاع الماء وعظم ضرر الشجر بابقائها فليس له إبقاؤها .

الثانية : إذا أصابتها آفة ولا فائدة فى تركها فليس له إبقاؤها .

* * *

حق سقى الشجر :

مادة (١٢٢) :

(١) : لكل من بائع الشجرة المستحق لثمرتها ولمشترى الشجرة السقى إن انتفع به الشجر والثمر ولا منع للآخر .

(ب) : وإن ضرهما السقى لم يجز إلا برضاهما .

(حـ) : وإن ضر أحدهما وتنازعا فسخ العقد إلا أن يسامح المتضرر .

المذكرة الإيضاحية

لكل من المتبايعين فى الإبقاء السقى إن انتفع به الشجر والثمر أو أحدهما ولا منع للآخر منه لعدم الضرر .

وإن ضرها (الشجر والثمر) لم يجز الا برضاهما معاً فليس لأحدهما السقى إلا برضا الآخر ، لأنه يدخل عليه ضراراً . فإن رضيا بذلك جاز .

وليس فى ذلك إفساد للمال ، لأن الإفساد غير محقق ، أو أن الضرر من وجه دون وجه لامن كل الوجوه .

وإن ضر أحدهما أى ضر الشجر ونفع الثمر أو العكس وتنازعا فى السقى فسخ العقد لتعذر إمضائه إلا باضرار أحدهما . والفاسخ له المتضرر وقيل : الحاكم وقيل : كل منهما.

وذلك اذا لم يسامح المتضرر — فان سامح فلا فسخ حينئذ لزوال النزاع وليس فى ذلك مضيعة للمال ، بل هو إحسان ومسامحة . وهذا

---

(١) مغنى جـ ٢ ص ٨٨

فى المالك المطلق التصرف . لأمن يتصرف لغيره أو لنفسه وهو غير مطلق التصرف .

وقيل : لطالب السقى سواء كان بائعا أو مشتريا أن يسقى ولا يبالى بضرر الآخر . لأنه قد رضى به حين قدم على هذا العقد فلا فسخ .

وحيث احتاج البائع إلى سقى ثمرته فالمؤنة عليه . وأما الماء الذى يسقى منه فهو المعد لسقى تلك الأشجار ملكه المشترى أولا .

ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر والسقى ممكن بالماء المعد له لزم البائع أن يقطع ثمرته أو يسقى الشجر دفعا لضرر المشترى . فلو تعذر السقى لانقطاع الماء لزم القطع .

* * *

بيع الثمر المزروع .

مادة (١٢٣) .

بيع الثمر والزرع بعد بدو الصلاح وقبله .

(ا) : يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا .

(ب) : لا يجوز بيع الثمر منفردا عن الشجر قبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع مع إمكان الانتفاع به .

يجوز بيع الثمر بعد ظهور صلاحه مطلقا من غير شرط قطع ولا تنقية وبشرط ابقائه سواء كانت الأصول لأحدهما أم لغيره . لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .. رواه الشيخان» فيجوز بعد بدوه وهو صادق بكل من الأحوال الثلاثة .

والمعنى الفارق بينهما : أمن العاهة بعده غالبا لغلظها وكبر نواها . وقبله — تسرع إليه لضعفه ، فيفوت بتلفه الثمن ، وبه يشعر قوله : صلى الله عليه وسلم : أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يستحق أحدكم مال أخيه » .

وإذا بيع الثمر منفرداً عن الشجر ، قبل بدو الصلاح لايجوز إلا بشرط القطع فى الحال . وأن يكون المقطوع منتفعا به كاوز وبلح فيجوز حينئذ بالإجماع المخصص للخبر السابق . ويحرم بيعه بدون الشرط للخبر المذكور كما لايصح بيع الكمثرى لعدم الانتفاع بها .

ولو باع بشرط القطع ورضى البائع بإبقائه جاز . ولو أبقاها مدة ثم قطعها لزمته اجرتها إن طالبه البائع .

وقيل : إن كان الشجر للمشترى والثمرة للبائع كأن وهب الثمرة لانسان أو باعها له بشرط القطع ثم اشتراها منه جاز بيع الثمرة له ،

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٨٨ ، ٨٩ ، ٩١

بلا شرط لاجتماعهما فى ملك شخص واحد ، فأشبه ما لو اشتراها معا ؛ وبذلك فلو كان الشجر للمشترى وشرطنا القطع كما هو الأصح ، لم يجب الوفاء إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمر عن شجر .

وإذا بيع الثمر مع الشجر ، ولم يفصل الثمن جاز بلا شرط ، لأن الثمرة هنا تبع للأصل وهو غير متعرض للعاهة ، ولا يجوز بشرط قطعه لأن فيه حجراً على المشترى فى ملكه . أما إذا فصل الثمن كأن قال بعتك الشجرة بدينار والثمرة بنصف دينار فلا بد من شرط القطع لانتفاء التبعية إذ هو شرط لصحة البيع ، وإن كان لا يلزم الوفاء به .

* * *

شرط بيع الزرع الأخضر فى الأرض قبل بدو صلاحه :

مادة (١٢٤)

لا يصح بيع للزرع الأخضر فى الأرض إذا لم يبد صلاحه إلا بشرط قطعه .

المذكرة الإيضاحية

يحرم ولا يصح بيع الزرع الأخضر فى الأرض إذا لم يبد صلاحه والمراد به ما ليس بشجر — ولو كان بقلا ، وكان البقل يجز مراراً إلا بشرط قطعه كالثمر قبل بدو صلاحه أو قلعه .

مغنى المحتاج ج٢ ص ٨٩

فإن باعه من غير شرط أو بشرط إبقائه لم يصح البيع .

أما إن بيع الزرع مع الأرض أو وحده بعد اشتداد الحب ، أو بدو صلاح البقول ، جاز بلا شرط . لأن الأول : كبيع الثمر مع الشجر . والثانى : كبيع الثمرة بعد بدو الصلاح .

* * *

شرط بيع الزرع الأخضر والثمر بعد بدو صلاحه :

مادة (١٢٥) :

يشترط لبيع الزرع الأخضر وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود من الحب والثمر .

المذكرة الإيضاحية

يشترط لبيع الزرع وبيع الثمر ، بعد بدو الصلاح ظهور المقصور من الحب والثمر حتى لا يكون بيع غائب كتين وعنب ، لأنهما مما لا كمام له . وشعير لظهوره فى سنبله .

أما مالا يرى حبه كالحنطة والعدس والسمسم فى السنبل لا يصح

بيعه دون سنبله لاستتاره . ولا معه فى الجديد ، لأن المقصود مستور بمـا ليس من صلاحه ، كالحنطة فى تبنها فإنه لا يصح قطعاً . والقديم الجوازلأن بقاءه فيه من مصلحته ولخبرمسلم: «نهى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن بيع السنبل حتى يبيض » أى يشتد — ولم يفصل بين حب وحب . وأجيب بحمله على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين . والأرز كالشعير .

ولا يجوز بيع مااستتر فى الأرض كالجزر والبطاطا ونحوهما .

ولا يضر كمام لا يزال إلا عند الأكل كالرمان والموز لأن بقاءه فيه من مصلحته ، وكذلك الأرز . ولا يخالف ماذكر فى الأرز عدم صحة السلم فيه لأن البيع يعتمد المشاهدة بخلاف السلم فإنه يعتمد الأوصاف ، وهى لاتفيد الغرض فى ذلك ، لاختلاف القشرخفة ورزانة ولأن السلم عقد غرر فلا يضم إليه غرر آخر بلا حاجة إليه .

وما كان له كمامان كالجوز واللوز ، يباع فى قشره الأسفل لأن بقاءه من مصلحته . ولا يصح فى الأعلى لاعلى الشجر ولا على الأرض لاستتاره بمـا ليس من مصالحه . ويصح بيع قصب السكر فى قشره الأعلى إذ أن قشره الأسفل كباطنه ولأن الأعلى لا يستر جميعه .

وفى قول : يصح إن كان الثمر رطباً لتعلق الصلاح به حيث إنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب . أما إذا جفت فيمتنع البيع قطعاً مع القشر الأعلى .

* * *

المادة (١٢٦) :

التزام البائع بسقى مابدا صلاحه قبل وبعد التخلية :

إذا بيع مابدا صلاخه من ثمر أو زرع لزم البائع سقيه قبل التخلية وبعدها حتى يتم نضجه ونموه ويسلم التلف .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع ما بدا صلاحه من ثمر ، أو زرع وأبقى لزمه سقيه ، إن كان مما يسقى قبل التخلية ، وبعدها قدر ماينمو به ويسلم من التلف والفساد لأنه من تتمة التسليم الواجب كالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون . فلو شرط كونه على المشترى بطل البيع لأنه مخالف لمقتضاه .

فإن باعه بشرط قطعه لم يلزمه السقى بعد التخلية .

ولو باع الثمرة لمالك الشجرة لم يلزمه سقى لانقطاع العلقة بينهما.

وظاهر كلامهم أن الثمرة لو كبرت وكان لايتأتى قطعها إلا فى

---

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٩١ .

زمن طويل يحتاج فيه إلى السقى أنا نكلفه ذلك ، وإن قال الأذرعى: فيه نظر ويستمر اللزوم إلى أوان الجذاذ .

ويتصرف مشترى الثمر بعد التخلية من كل وجه إن اشتراه قبل قبل أوان الجذاد . أما بعده فيتوقف القبض على النقل كما قاله الرافعى.

* * *

ضمان الثمر والزرع المبيع قبل التخلية وبعدها

مادة (١٢٧) :

الثمر أو الزرع المبيع قبل التخلية من ضمان البائع ، وهو من ضمان المشترى بعد التخلية .

المذكرة الإيضاحية

إذا عرض مهلك بعد التخلية من الآفات السماوية كبرد فالجديد فى المذهب أنه من ضمان المشترى لأن التخلية كافية فى جواز التصرف . فكانت كافية فى جواز نقل الضمان قياساً على العقار .

والقديم فيه من ضمان البائع ، لخبر مسلم : « أنه — صلى الله عليه وسلم — أمر بوضع الجوائح ». واجيب بحمله على الندب أو على ما قبل التخلية جمعاً بين الأدلة .

---

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٩٢ .

فإذا كان المهلك غير سماوى كسرقة وغصب فهو من ضمان المشترى قطعاً لإمكان الحفظ والتغريم .

ومحلهما أيضاً مالم يكن بسبب ترك البائع السقى وإلا فالمذهب القطع بأنها من ضمان البائع . وما إذا باع الثمرة دون الشجرة وإلا فهى من ضمان المشترى قطعاً . وما إذا باع الثمر من غير مالك الشجر وإلا فهى من ضمانه قطعاً لانقطاع العلائق بينهما .

ولو تعيب بالجائحة فلا خيار للمشترى على الجديد .

أما قبل التخلية فلا يتصرف فيه المشترى وهو من ضمان البائع .

* * *

تعيب الثمر والزرع المبيع بترك البائع السقى :

مادة (١٢٨) :

إذا تعيب الثمر والزرع بترك البائع السقى فللمشترى الخيار .

المذكرة الإيضاحية

إذا تعيب الثمر والزرع منفرداً من غير مالك الشجرة بترك البائع السقى فللمشترى الخيار لأن الشرع ألزم البائع التنمية بالسقى . والتعييب بتركه كالتعييب قبل القبض حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضاً .

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٢ .

هذا إذا لم يتعذر السقى وإلا بأن غارت العين أو انقطع النهر فلا خيار له : ولا يكلف فى هذه الحالة تحصيل ماء آخر هو قضية نص الأم .

فان آل التعييب إلى التلف والمشترى عالم به ولم يفسخ لم يغرم له البائع فى أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين .

***

ضمان الثمر والزرع المبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح

(مادة١٢٩) :

التمر المبيع قبل بدو صلاحه بشرط قطعه ولم يقطعه المشترى حتى هلك يكون ضمانه عليه

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع تمر قبل بدو صلاحه بشرط القطع ولم يقطعه المشترى حتى هلك بجائحة فأولى بكونه من ضمان المشترى مما لم بشرط قطعه بعد بدو الصلاح كتفريطه بترك القطع المشروط .

***

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٢ .

بيع مابدا صلاحه ويغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود .

مادة (١٣٠) :

إذا بيع ثمر أو زرع بدا صلاحه ولو لبعضه وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود لم يصح البيع إلا بشرط القطع

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ولو لبعضه وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود كتين و بطيخ وقثاء . لم يصح البيع لعدم القدرة على التسليم الا أن يشترط على المشترى قطع ثمره أو زرعه خوفاً من الاختلاط المانع من التسليم فيصح حينئذ البيع لزوال المحذور .

فإذا كان يندر الاختلاط صح البيع مطلقاً بشرط القطع و بشرط الإبقاء سواء أعلم الاختلاط أم لم يعلم كيف الحال .

ولو استوى الأمران . فالظاهر كما قاله بعض المتأخرين : أنه يلحق بالنادر .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٢ .

مادة (١٣١):

اختلاط ما يغلب تلاحقه ويندر اختلاطه قبل التخلية :

المــذكـرة الإيضـاحيـة

إذا بيع ثمر أو زرع بدا صلاحه ولو بعضه وكان يغلب تلاحقه أو يندر اختلاطه ثم حصل اختلاط قبل التخلية لاينفسخ البيع ، ولكن يكون للمشترى حق الخيار ، ويسقط خياره إن سمح له البائع بما حدث .

إذا حصل الاختلاط قبل التخلية فيما يغلب فيه التلاحق والاختلاط أو فيما يندر فيه فالأظهر أنه لا ينفسخ البيع لبقاء عين المبيع وتسليمه ممكن . بل يتخير المشترى بين الفسخ والإجارة لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم . والثانى : ينفسخ لتعذر تسليم المبيع .

وعلى الأول : فإن سمح له البائع بما حدث سقط خياره فى الأصح لزوال المحذور . والثانى لا يسقط لما فيه من قبوله المنة .

فإذا وقع الاختلاط بعد التخلية فلا يخير المشترى بل إن توافقا على قدر فذاك وإلا صدق صاحب اليد بيمينه فى قدر حق الآخر .

وهل اليد بعد التخلية للبائع أو للمشترى أولهما فيه أوجه .

وقضية كلام الرافعى ترجيح الثانى .

***

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٢ .

بيع المحاقلة :

مادة (١٣٢) :

بيع المحاقلة باطل وهو بيع الحنطة فى سنبلها بصافية من التبن .

بيع المزابنة

مادة (١٣٣) :

بيع المزابنة باطل وهو بيع الرطب على النخل بتمر.

المذكرة الإيضاحية

لا يصح بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة صافيةمن التبن ، وهو المحاقلة ولا بيع الرطب على النخل بتمر وهو المزابنة للنهى عنهما فى خبر الصحيحين .

وفى رواية للشافعى : والمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من الحنطة .

والمزابنة : أن يبيع التمر على رءوس النخل بمائة فرق من التمر .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٠ .

قال الرافعى : إن كان هذا التفسير مرفوعا فذاك ، وإن كان من الراوى فهو أعرف بتفسير ما رواه . ولعدم العلم بالمماثلة فيهما . ولأن المقصود من البيع فى المحاقلة مستتر بما ليس من صلاحه . ولأنه حنطة وتبن بحنطة فبطل لقاعدة مدعجوه الخ .

فلو باع شعيراً فى سنبله بحنطة صافية وتقابضا فى المجلس جاز، لأن المبيع مرئى . أو باع زرعاً قبل ظهور الحب بحب جاز ، لأن الحشيش غير ربوى . ويؤخذ من ذلك أنه إذا كان ربويا اعتيد أكله كالحلبة امتنع بيعه بحبه .

والمحاقلة : مأخوذة من الحقل جمع حقلة . وهى الساحة الطيبة التى لا بناء فيها ولا شجر سميت بذلك لتعلقها بزرع فى حقله .

والمزابنة : مأخوذة من الزبن وهو الدفع لكثرة الغبن فيها فيريد المغبون دفعه والغابن إمضاءه فيتدافعان .

* * *

بيع العرايا

مادة (١٣٤) :

بيع العرايا صحيح — بشرط التقابض وفيما دون خمسة أوسق .

والعرايا لا تجوز إلا بين زيبب وعنب وبين رطب وتمر .

المذكرة الإيضاحية

العرايا جمع عرية وهي ما يفردها مالكها للأكل لأنها عريت عن حكم جميع البستان . وبيع العرايا: هو بيع الرطب على النخل خرصاً[٢] بتمر في الأرض كيلا أو العنب في الشجر خرصاً بزبيب في الأرض كيلا . ورخص فيه استثناء من بيع المزابنة لما في الصحيحين : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم — نهى عن بيع التمر بالتمر — ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » وقيس به العنب بجامع أن كلا منهما زكوى يمكن خرصه ويدخر يابسه .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٠ ص ٩٣ .   (٢) الخرص : التقدير .

فلو كانا معاً على الشجر أو على الأرض لايصح ، لأن الرخصة يقتصر فيها على ماورد .

ولا يصح بيع الرطب بالرطب كما فى باب الربا .

وكالرطب البسر بعد بدو صلاحه لأن الحاجة إليه كالحاجة إلى الرطب .

ومحل الجواز فى العرايا مالم تتعلق بالثمر زكاة كأن خرصت عليه وضمن ، أو قلنا الخرص تضمين ، أو انقصها عن النصاب ، أو لكفر صاحبها .

ومحل الرخصة فيما دون خمسة أو سق(١) تحديداً بتقدير الجفاف بمثله ، لما روى الشيخان أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق . أو فى خمسة أوسق « شك من الراوى » .

فأخذ الشافعى بالأقل فى أظهر قوليه . ويجوز فى الخمسة فى القول الآخر . ولا يجوز فيما زاد عليها قطعا — وحيث زاد على ما دونها يبطل فى الجميع على المشهور .

والمراد بالخمسة أو ما دونها إنما هو من الجاف وإن كان الرطب الآن أكثر .

ولو زاد على ما دونها فى صفقتين كل منهما دونها جاز قياساً على على الصفقة الأولى .

وتتعدد الصفقة بتعدد العقد والمشترى قطعا وبتعدد البائع على الأصح .

ويشترط فى صحة بيع العرايا التقابض فى المجلس بتسليم الثمر

(١) نصاب الزكاة وهى أربعة أرادب وويبة .

أو الزبيب إلى البائع كيلا والتخلية فى رطب النخل أو عنب الكرم لأنه مطعوم بمطعوم .

والأظهر أنه لا يجوز بيع مثل العرايا فى سائر الثمار كالخوخ والمشمش لأنها متفرقة مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها .
والثانى : كما جاز فى العنب بالقياس .

والأظهر : أن بيع العرايا لا يختص بالفقراء بل يجرى فى الأغنياء لإطلاق الأخبار فيه .

والثانى يختص بهم لما روى الشافعى عن زيد بن ثابت : «أن رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى — رسول الله صلى الله عليه وسلم — أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس . وعندهم فضل قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر » .

وأجاب الأول : بضعف الحديث . وبتقدير صحته فهذه حكمة المشروعية، ثم قديم الحكم كما فى الرمل والاضطباع(١) فى الطواف .

ومحل الخلاف فى اعتبار حاجة المشترى . أما حاجة البائع فلا تعتبر قطعاً . وإن قال مالك : تعتبر .

---

(١) الرمل : الهرولة والاضطباع للمحرم أن يدخل الرداء من تحت إبطه الأيمن ويرد طرفه على يساره ويبدى منكبه الأيمن ويغطى الأيسر .

وضابط الغنى فى هذا الباب: من عنده نقد، فمن لا نقد عنده فقير، وإن ملك أموالا كثيرة.

ولو اشترى العرية من يجوز له شراؤها ثم تركها حتى صارت تمراً جاز.

وقال أحمد: يبطل العقد لأن شرط صحة العقد عنده أن يأخذها كلها أهلها رطبا.

* * *

التحالف عند اختلاف المتبايعين

مادة (١٣٥) :

إذا اتفق المتبايعان على صحة البيع ثم اختلفا فى كيفيته أَو صفته أو الأجل أو قدره أو قدر المبيع ولا بينة لأحدهما أو لكل بينة وتعارضتا تحالفا .

ويكون تحالف المتبايعين عند الحاكم ويحلف كل منهما على نفى قول صاحبه وإثبات قوله ويبدأ بالبائع ، يكفى كل واحد يمين تجمع نفياً وإثباتاً ويقدم النفى . وإذا تم التحالف لاينفسخ به العقد ، فإن تراضيا على ماقاله أحدهما بقى العقد وإلا فيفسخ .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٠، ٩١، ٩٠ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠

المذكرة الإيضاحية

هذه المواد وما بعدها لأحكام متفرقة تتعلق بالبيع وبقية العقود الأخرى ولو جائزة كالقراض والجعالة والصلح عن دم.

فإذا اتفق المتبايعان على صحة البيع ثم اختلفا أو اختلفا فى صحة العقد وثبتت باليمين وإن كان فيه خلاف.

فإذا اختلفا فى كيفيته كقدر الثمن ، أو صفته كجنيهات مصرية أو استر لينيه أو الأجل بأن أثبته المشترى ونفاه البائع ، أو قدره كشهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كبيع اردب قمحاً وقال المشترى والجوال معه .

ولا بينة لأحدهما يعمل بها أو لكل منهما بينه وتعارضتا تحالفا لخبر مسلم — اليمين على المدعى عليه — وكل منهما مدعى عليه كما أنه مدع .

والتحالف يجرى فى زمن الخيار وهو المعتمد ، خلافا لابن المقرى لامكان الفسخ فى زمنه — ويجاب على ابن المقرى بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

ويكون التحالف عند الحاكم ، ويحلف كل منهما على نفى قول صاحبه وإثبات قوله ، لأنه مدع ومدعى عليه ، فينفى ماينكره ويثبت ما يدعيه .

ويبدأ فى اليمين بالبائع ندبا لحصول الغرض مع تقديم المشترى أيضاً وقيل وجوباً لأن جانبه أقوى يعود المبيع إليه بعد الفسخ المترتب على التحالف ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد وملك المشترى على المبيع لا يتم إلا بالقبض — وفى قول : بالمشترى وفى قول : يتساويان .

وتقديم النفى فى اليمين ندبا لا وجوبا بالحصول المقصود بكل منهما فيقول: ما بعت بكذ ولقد بعت بكذا، والمشترى يقول : ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا — ومقابل الصحيح أنه لابد من يمين للنفى ويمين للإثبات فيحلف البائع على النفى ثم المشترى عليه ثم البائع على الإثبات ثم المشترى عليه .

وإذا تم التحالف فالصحيح أن العقد لا ينفسخ بل إن تراضيا بما قاله أحدهما فظاهر بقاء العقد بذلك أو رضى أحدهما بدفع ما ادعاه الآخر ويجبر على القبول وليس لهما بعد التراضى العود للفسخ — وإن استمر نزاعهما فيفسخانه ، أو أحدهما لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب أو الحاكم لقطع النزاع ، وحق الفسخ بعد التحالف ليس على الفور فلو لم يفسخا فى الحال كان لهما بعد ذلك .

وقيل : إنما يفسخه الحاكم لأنه فسخ مجتهد فيه فلا يفسخ أحدهما . ومقابل الصحيح : أنه ينفسخ بالتحالف .

ولابد ان يكون التحالف عند حاكم فلو تحالفا بأنفسهما لم يكن لإيمانهما تأثير فى فسخ ولا لزوم والمحكم كالحاكم .

* * *

الفسخ :

مادة (١٣٦)

إذا فسخ العقد يلزم المشترى رد المبيع إن كان باقياً في ملكه وعلى البائع رد الثمن .

فإن تلف لزمته قيمته يوم التلف إن كان متقوماً وإن زادت على ثمنه .

المذكرة الإيضاحية

فى حالة فسخ العقد يكون على المشترى رد المبيع إن كان باقياً فى ملكه ولم يتعلق به حق لثالث ويجب رده بزوائده المتصلة لأنها تابعة للأصل دون المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله وكذا على البائع رد الثمن .

ومؤنة الرد على الراد لأن كل من كان ضامنا للعين كانت مؤنة ردها عليه .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٠ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٤٠ .

فإن تلف المبيع شرعا كأن وقفه أو أعتقه أو باعه أو تعلق به حق لازم كان كاتبه أو كان التلف حساً كان مات لزمته قيمته إن كان متقوماً وإن زادت على ثمنه . ومثله إن كان مثلياً على المشهور خلافاً لمن أوجب القيمة وإن صححه الحاوى .

والقيمة تحسب يوم التلف حقيقة أو حكما فى أظهر الأقوال إذ مورد الفسخ العين والقيمة بدل عنها فاتعتبر عنها فوات أصلها . وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش باقل قيمتى العقد والقبض المعمول بها فى المواد السابقة فى ظهور عيب بالمبيع وكان هذا فى ظهور العيب بخلافه هنا لأنه كان كذلك لا ليغرم البائع بل ليعرف منها الأرش .

أما هنا فالمغروم القيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق ذكره الرافعى .

والثانى : قيمة يوم القبض لأنه قيمة يوم دخوله فى ضمانه .

والثالث : أقل القيمتين يوم العقد ويوم القبض .

والرابع: أقصى القيم من يوم القبض إلى قيمته يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم ، فجعله كالمستام والمقبوض بعقد فاسد .

وإن تلف بعض المبيع يرد بدله ما تلف مع الثانى بالرضا .

* * *

حكم فسخ العقد مع تعيب المبيع :

مادة (١٣٧):

إذا فسخ العقد ، وتعيب المبيع ، رده المشترى مع أرشه.

المذكرة الإيضاحية

الأرش : ما نقص من قيمته .

وإنما يضمن الناقص لأن الكل مضمون على المشترى بالقيمة فكان بعضه مضمونا ببعضها .

فإن كان مرهونا فان شاء البائع أخذ القيمة أو انتظر الفكاك .

وإن كان قد أجره لا ينتزع من يد المكترى حتى تنقضى المدة والمسمى للمشترى وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها .

ولو كان مثليا فوجهان أصحهما فى الحاوى وجوب القيمة أيضا وفى المطلب المشهور وجوب المثل .

قال الرملى : إنما يجب الأرش إن لم يكن له مقدرو إلا فبمقدره .

والمعتبر فى النقص عن قيمة العيب بخلاف مامر فى البيع من اعتبار أقل القيم لأن اعتبار القيمة هناك لمعرفة قدر النقص ولسبب مغرومه بخلافه هنا . واعتمد شيخنا الرملى إن ماهنا كالبيع .

* * *

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٢ ، الجلال المحلى جـ ٢ ص ٢٤٠ .

اختلاف ورثة المتبايعين مع الآخر أو ورثته :

مادة (١٣٨) :

اختلاف ورثة المتبايعين أو وارث أحدهما مع الآخر كاختلاف المتبايعين فيما يترتب من أحكام

المذكرة الإيضاحية

واختلاف ورثة المتبايعين أو وارث أحدهما مع الآخر كاختلاف المتبايعين فيما مر من أحكام لأنها يمين فى مال فقام الوارث مقام المورث كاليمين فى دعوى المال ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الاختلاف قبل القبض أو بعده ولا بين أن يحصل بين الورثة ابتداء أو بين المورثين ثم يموتان قبل التحالف ويحلف الوارث فى الإثبات على البت وعلى نفى العلم فى النفى .

ويجوز للوارث الحلف اذا غلب على ظنه صدق مورثه .

وكذلك اختلاف موكليهما ووكيليهما من أب أو جد أو وصى أو قيم أو حاكم أو سيد الرقيق وكذا اختلاف واحد من المذكورين مع واحد منهم :

* * *

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٢ .

اختلاف العاقدين فى حقيقة العقد أبيع أم هبة .

مادة (١٣٩) :

لو اختلف المتعاقدان فى العقد بأن ادعى المالك البيع وادعى الآخر الهبة حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر ، وإذا حلف رده مدعى الهبة .

المـذكـرة الإيضـاحيـة

التحالف لابد فيه من نفى وإثبات .

أما الحلف فإثبات فقط أو نفى فقط .

ونلاحظ هنا : أن الطرفين لم يتفقا على عقد معين ، ومدار التعيين سواء كان فى المبيع أو الثمن على التعيين فى العقد أو المجلس .

فلم يتفقا على عقد معين ، ولذلك وقع الخلاف ، فالبائع يدعيه بيعاً والآخر يدعيه هبة .

ولهذا سقط التحالف بينهما وعلى كل منهما الحلف على نفى دعوى الآخر .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٣ ، الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٤١ .

وبالحلف يلزم مدعي الهبة الرد بالزوائد ولو منفصلة أو من غير عين المبيع — مثل كسبه — فإن تلفت المختلف عليها لزمه البدل كالمبيع — ولا أجرة لها لو استعملها لاتفاقهما على عدمها، وقياسه أنه لا يرجع بما اتفق عليه.

وإنما وجب الرد مع اتفاقهما أنها لمدعى الهبة بدعواها لأنه لما سقطت دعواها رجع إلى أصل استصحاب الملك.

* * *

إذا اختلفا فى صحة العقد وفساده :

مادة(١٤٠) :

إذا ادعى أحد المتبايعين صحة العقد وادعى الآخر فساده صدق مدعى الصحة بيمينه.

المذكرة الإيضاحية

إذا ادعى أحد المتعاقدين صحة العقد والآخر فساده كأن ادعى اشتماله على شرط مفسد أو عدم رؤية المبيع أو ادعى صباً أو جنوناً أو غير ذلك وأمكن صدق مدعى الصحة.

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٠ ص ٩٢ ، الجلال المحلى جـ ٠ ص ٢٤١ .

فالأصح تصديق مدعى الصحة بيمينه، لأن الأصل عدم المفسد والظاهر فى العقود الجارية بين المسلمين الصحة .

والثانى : يصدق مدعى الفساد لأن الأصل عدم العقد الصحيح .

وإنما رجح الأصل الأول لاعتضاده بتشوف الشارع إلى انبرام العقود .

***

مادة (١٤١)

إذا أبدل المشترى المبيع المعين بمعيب :

إذا قبض المشترى مبيعا معينا فى العقد وأبدله بمعيب ليرده فأنكر عليه البائع تصرفه صدق البائع بيمينه

المذكرة الإيضاحية

تقييد المبيع بالمعين احتراز عن المبيع الموصوف فى الذمة فإنه كالمسلم فيه والثمن المعين كالمبيع المعين إلا أن المبيع يصدق فيه البائع بيمينه والثمن يصدق فيه المشترى .

فإذا أنكر البائع المردود لادعاء عيب فيه صدق البائع باليمين للقاعدة المشهورة .

(١) حاشية الجمل على المنهج ج٣ صفحة ٢١٨ .
مغنى المحتاج ج٢ صفحة ٩٣ .
البجيرمى ج ٢ س ٢٧٨ ، الجلال المحلى وحاشتى قليوبى وعميرة ج ٢ س ٢٤١ .

— إن جرى العقد على معين أو على مافى الذمة وقبض فى المجلس فالقول قول المردود عليه بائعاً أو مشترياً .

وإن جرى على مافى الذمة ولم يقبض فى المجلس فالقول قول الراد كذلك .

ويجرى هذا الضابط فى جميع الديون وسائر المعاوضات — هذه عبارة الجمل على المنهج وعبارة البيجرمى جـ ٢ ص ٢٨٧ .

— الضابط أن يقال ان جرى العقد على معين فالقول قول الدافع للمبيع أو الثمن لأنهما اتفقا على قبض ماوقع عليه العقد وتنازعا فى سبب الفسخ والأصل عدمه .

أو على مافى الذمة وقبض فى المجلس ، فالقول قول المردود عليه بائعاً كان او مشتريا .

وإن جرى على مافى الذمة ، ولم يقبض فى المجلس ، فالقول قول الراد كذلك .

ويجرى هذا الضابط فى جميع الديون وسائر المعاوضات .

* * *

ادعاء المشترى بعد القبض نقص المبيع .

مادة(١٤٢) :

إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى نقصه بمقدار يحصل

به التفاوت عادة فى الكيل أو الوزن صدق المشترى بيمينه إن لم يتلف المبيع، وإلا صدق البائع بيمينه .

المذكرة الإيضاحية

هذه المادة قررت مبدأ هاماً وكثيراً ما يكون مثار نزاع .

فإذا كان النقص المدعى قدراً يقع مثله فى الكيل أو الوزن صدق المشترى بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر . وإلا فلا يصدق لمخالفته الظاهر ولأنهما اتفقا على القبض والقابض يدعى الخطأ فيه، فعليه البينة كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البينة .

وهذا إذا كان المبيع موجوداً، أما إذا تلف فالمصدق البائع بيمينه .

* * *

إذا اختلفا فى قبض الثمن :

مادة (١٤٣) :

إذا اختلف المتبايعان فى قبض الثمن صدق المشترى بيمينه .

المدعى من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه بخلافه ، وبعبارة أوضح : المدعى من إذا سكت ترك ، وسكونه والمدعى عليه من لا يخلى إذا سكت .

وإذا رجعنا إلى ما كتبه ابن عباس — رضى الله عنهما — أن النبى . — صلى الله عليه وسلم — قضى باليمين على المدعى عليه — ثم قوله : — صلى الله عليه وسلم — شاهداك أو يمينه .

ثم ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، إلا فى القسامة ودعوى القيمة فى المتلفات —

والمشترى هنا مدعى عليه فيصدق بيمينه .

وإنما كانت البينة على المدعى : لأن حجته قوية لانتفاء التهمة ، وجانبه ضعيف لأنه خلاف الظاهر فكلف الحجة القوية وهى البينة ليقوى بها ضعفه وعكسه المدعى عليه فاكتفى بالحجة الضعيفة ، وهى اليمين .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٣ ، القسطلانى جـ ٤ ص ٤٠٤
فتح البارى جـ ٥٦ ص ٢٦١ فتح القدير جـ٩ ص ١٧١

إذا اختلفا بعد القبض فى عين المبيع وأرجعه كل إلى الآخر :

مادة (١٤٤) :

إذا ظهر بالمبيع بعد القبض عيب أرجعه كل منهما للآخر صدق البائع بيمينه .

المذكرة الإيضاحية

يصدق البائع هنا باليمين ، إن أمكن صدقه ، لأن الأصل عدم المفسد .

وبالرجوع للقاعدة السابقة فى المادة ... نجد : أن البائع مردود عليه كما أنه هو الدافع للمبيع ، واتفق الطرفان على قبض ماوقع عليه العقد ، وتنازعا فى سبب الفسخ والأصل عدمه .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ صفحة ٩٨ .

الباب السادس

معاملة الرقيق

شرط إذن السيد للعبد فى التجارة :

مادة (١٤٥) :

(ا) : لا يصح اشتغال العبد بالتجارة ، إلا بعد إذن سيده .

(ب) : فإن وقع الشراء بغير إذن سيده فللبائع طلب رد المبيع سواء أكان المبيع فى يد العبد أم فى يد سيده .

(حـ) : فإن تلف المبيع فى يد العبد تعلق الضمان بذمته فيطالب به بعد العتق وإن تلف فى يد السيد ضمنه السيد ، وللبائع مطالبة العبد بعد عتقه إن لم يف السيد .

(د) : واقتراضه كشرائه فى جميع ماتقدم .

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ صفحة ٩٤ ، جلال الدين المحلى حـ ٢ صفحة ٢٤٢ .

المراد بالرقيق هنا : الذكر والأنثى ، وهو الذى يصح تصرفه لنفسه لو كان حراً .

وتصرفات الرقيق ثلاثة أقسام : ما لا ينفذ ، وإن أذن فيه السيد كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة ، وهذا هو مقصود هذه المواد ، وهذه الثلاثة من حيث التعلق ، فما وجب بغير رضاً مستحقة ، يتعلق برقبته سواء أذن السيد أولا ، كجناية ، وإتلاف مال ، كما لو تبايع رقيقان بمال سيدهما بلا إذن منه ، وكمعاملة الرقيق لغير كامل كالصبي لأن رضاه هنا كعدمه ، وما وجب برضا مستحقه الكامل يتعلق بذمته فقط ، إن لم يأذن فيه السيد ، وإلا تعلق بها وبكسبه وتجارته .

ولصحة تجارة الرقيق إلا بعد إذن السيد أو وليه وإن تعدد فلابد فى المشترك من إذن جميع الشركاء وإن كان التصرف لواحد منهم ، وفى المهايأة يعتبر إذن صاحب النوبة ، والمبعض فى نوبته كالحر وفى غيرها كالرقيق إن تصرف لغيره ، فإن تصرف لنفسه بماله صح ولو فى نوبة السيد بغير إذنه .

والأصح أنه لايصح شراؤه بغير إذن السيد لأنه محجور عليه ، لحق السيد ، والثانى : يصح لتعلق الثمن بالذمة ولا حجر للسيد فيها .

فان وقع الشراء فعلى الأصح يجب رده على مالـكه ، وإن لم يطلب رده فؤنة الرد على من العين فى يده ،ويتعلق بذمة العبد على القاعدة .

(ب) : فإن تلف المبيع فى يد العبد تعلق الضمان بذمته إن كان التصرف مع رشيد وإلا فبرقبته ولا يضمن السيد بإقراره العين فى يد العبد لرضا المالك فيطالب به بعد العتق لثبوته برضا مالـكه ، ولم يأذن فيه السيد والضابط فيما يتلفه العبد ، أو يتلف تحت يده إن لزم بغير رضا مستحقه كاتلاف أو تلف بغصب تعلق الضمان برقبته ، ولا يتعلق بذمته فى الأظهر ، وان لزم برضا مستحقه كما فى المعاملات فإن كان بغير إذن السيد تعلق بذمته يتبع به عتقه سواء رآه السيد فى يد العبد فتركه أم لا أو يأذنه تعلق بذمته وكسبه ومال تجارته .

وإن كان التلف فى يد السيد فللبائع تضمين السيد لوضع يده عليه وللبائع مطالبة العبد أيضاً بعد العتق ، لتعلقه بذمته لا قبله لأنه معسر .

ولو قبضه السيد وتلف فى يد غيره ، كان للبائع مطالبة السيد أيضاً .

(حـ) : والاقتراض وسائر عقود المعاوضات ماعدا النكاح كشرائه فى كل تقدم .

* * *

مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٩٤ ، جلال الدين المحلى حـ ٢ ص ٢٤٢

حكم إذن السيد لعبده فى التجارة :

مادة (١٤٦) :

إذا أذن السيد للعبد فى التجارة تصرف بحسب الإذن ويتناول الاذن فى التجارة ما هو من لوازمها وتوابعها ، ولا ينعزل العبد بإباقه .

المذكرة الإيضاحية

إذا أذن السيد لعبده فى التجارة تصرف بالإجماع لأن المنع لحق السيد وقد زال بالإذن له .

ويتصرف العبد ويتاجر إذا كان بالغاً رشيداً وإلا يكون مبذراً إذ العبد لا يزيد بالإذن على تصرف الحر ، وهذا التصرف يكون بحسب الإذن ، لأن تصرفه مستفاد من الإذن فاقتصر على المأذون فيه ولا يشترط قبول الرقيق .

فإن أذن السيد للعبد فى نوع كالأتجار فى الأقمشة أو فى وقت كشهر كذا أو فى بلد كالقاهرة لم يتجاوز ماحدده له السيد شأنه شأن الوكيل .

ويستفيد بالإذن فى التجارة كل مايندرج تحت اسمها ، وما كان من لوازمها ، وتوابعها كالتصرف فى نقل بضائعها ، ورد بعيب

---

(١) المحلى جـ ٢ ص ٢٤٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٤ ، ٩٥ .

ومخاصمة فى عهدة ناشئة عن المعاملة ، أما مخاصمة الغاصب والسارق ونحوهما فليس له .

فإن لم ينص على شىء تصرف بحسب المصلحة فى كل الأنواع والأزمنة والبلدان .

وإذا حدد له مبلغاً فله أن يشترى به أو بقدره فى ذمته ولا يزيد ولو اشترى بقدر المبلغ المصرح له به فى ذمته ، ثم تلف المبلغ قبل تسليمه للبائع لم ينفسخ عقده بل للبائع الخيار ان لم يوفه السيد ، وإن اشترى بعين المبلغ انفسخ العقد ، كما لو تلف المبيع قبل القبض .

ولو قال له اجعل هذا المبلغ رأس مالك ، وتصرف واتجر فله أن يشترى بأكثر .

وله أن يأذن له فى التجارة من غير اعطاء مال فيشترى بالإذن فى الذمة ويبيع كالوكيل ، ولا يحتاج الإذن فى الشراء فى الذمة ، إلى تقييد بقدر معلوم لأنه لايثبت فى ذمة السيد بخلاف الوكيل .

وليس له بالإذن فى التجارة أى تصرف خارجها كالنكاح وتأجير نفسه وتبرعه لأنه ليس من أهل التبرع .

وليس للعبد أن يبيع بدون ثمن المثل ولا بنسيئة ، ولكن له أن يشترى بالنسيئة بلا إذن ولا ينعزل العبد بإباقه قطعاً لأنه معصية لاتوجب الحجر ، وله التصرف فى البلد الذى أبق اليه على الصحيح إلا إن خص السيد الإذن ببلده . فإن عاد الى الطاعة تصرف جزماً .

* * *

ليس للعبد معاملة سيده :

مادة (١٤٧) :

ليس للعبد معاملة سيده بيعا وشراء[١]

المذكرة الإيضاحية

المعاملة بالتجارة تكون مع غير السيد أما مع السيد فلا يجوز حتى ولو كان السيد وكيلا عن الغير بمال الغير لأن السيد كأنه البائع فكأن البائع والمشترى شخص واحد ، والبيع لا يتحقق بهذا . ولا يعامل وكيل سيده بمال سيده . ولا مأذوناً آخر لسيده كذلك .

* * *

صيغة إذن السيد للعبد والعلم به :

مادة (١٤٨):

يكون إذن السيد للعبد بالتجارة باللفظ الصريح الدال على ذلك ، ولا يجوز لشخص معاملة العبد إلا إذا علم الإذن له من سيده بسماع أو إقرار أو بينة أوشيوع بين الناس[٢] .

---

(١) المحلى جـ ٢ ص ٢٤٣ ، مغنى حـ ٢ ص ٩٥ .

(٢) المراجع : جلال الدين المحلى جـ٢ ص٢٤٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ص ٩٥ .

الإذن فى تجارة العبد شرط أساسى ، ولا يكفى فيه السكوت ، كبيع مال غيره وهو ساكت .

فلابد من إذن صريح لأن التجارة معاملة ، ويرتبط بها حقوق مالية ، والتزامات أخرى بين المتعاقدين ، ويلزم ذلك إذن لفظى صريح كقوله : أذنت لك بالتجارة أو بع واشتر لى ، أما غير الصريح فلا يكفى لأنه يكون وسيلة لتضييع الحقوق ، فلا يكفى غير الصريح كقول السيد لاأمنعك من التصرف .

ومن ظن ولو بقول العبد رق شخص لم تجز له معاملته ، حفظاً لما له فله بعد المعاملة أن لايسلمه الثمن حتى يثبت الإذن له ، أو يعلم ان هذا مأذون بسماع من الناس العدول ، أو إقرار من العبد المظنون صدقه أو ذيوع هذا الأمر بين الناس ، وكثرت المعاملة معه ، بناء على هذا .

والمراد بالعلم المطلوب هنا غلبة الظن لأن البينة والشيوع لايفيدان إلا الظن . قال السبكى وينبغى جوازه بخبر عدل واحد لحصول الظن به ، وإن لم يكف عن الحاكم إلحاقا له بالشفعة ، ثم قال ويكفى خبر من يثق به من عبد وامرأة ، بل يظهر أنه أولى من شيوع لايعرف أصله .

وهل المراد بالبينة ما يقام عند الحاكم، او اخبار عدلين له ؟ الظاهر الثانى .

وفى الشيوع وجه : أنه لا يكفى لأن الحجر محقق ، والزوال مشكوك فيه ، لأنه قد ينشأ من غير أصل .

ولا يكفى قول العبد ، أنا مأذون لى فى البيع والشراء ، لأنه متهم فلو عامله شخص فبان ماذونا له صح كمن باع مال ابيه ظانا حياته فبان ميتا .

* * *

إقرار العبد المأذون له بديون معاملة التجارة .

مادة (١٤٩) :

يقبل إقرار العبد المأذون له فى التجارة بديون معاملة التجارة فيلتزم بها السيد[1] .

المذكرة الإيضاحية

الديون المتعلقة بتجارة العبد إن كان ماذونا له فى التجارة قبل إقراره بها ، وتكون على السيد وذلك لقدرة العبد على الإنشاء ، ويؤدى هذا الدين من كسب العبد ، ومما فى يده ، فان لم يف التزام بها السيد لأن التجارة له هى ومتعلقاتها .

* * *

(١) المراجع : جلال المحلى جـ ٢ ص ٢٤٣ ، مغنى المحتاج ٢جـ ص ٩٥ .

بيع العبد المأذون له سلعة فى يده بانت مستحقة للغير :

المادة ١٥٠ :

إذا باع العبد المأذون له فى التجارة سلعة مما فى يده وقبض ثمنها فتلف الثمن فى يده ثم بانت السلعة مستحقة للغير فالثمن فى ذمة العبد يطالب به بعد عتقه وللمشتري مطالبة السيد أيضاً[1].

المذكرة الإيضاحية

للمشترى الرجوع ببدل الثمن على العبد ، ولو بعد العتق ، لأنه المباشر للعقد فتتعلق به العهدة كعامل المضاربة والوكيل

وللمشترى مطالبة السيد بالثمن أو ببدله ، لأن العقد له ، فكأنه البائع والقابض للثمن .

وقيل لا يطالبه لأنه بالإذن أعطاه استقلالا ، وقصر طمع الذى يعامله ، على مافى يده وذمته .

وقيل إن كان فى يد العبد وفاء فلا يطالبه لحصول الغرض بما فى يده ، وإلا فيطالب .

---

(١) المحلى جـ ٢ ص ٢٤٣ .

ولا يتعلق دين التجارة برقبة العبد لأنه ثبت برضا مستحقة كالصداق ، ولا بمهر الأمة المأذونة لأنه بدل بضعها وهو لا تتعلق به الديون فكذا بدله ، كما فى المادة التالية .

* * *

حكم دين تجارة العبد المأذون له :

المادة ١٥١ :

لا يتعلق دين التجارة برقبة العبد المأذون له فيها ولا ذمة سيده ما دام للتجارة أصل وربح فإن عجزت التجارة تعلقت بذمة العبد بعد عتقه فإن عجز طولب السيد[1] .

المذكرة الإيضاحية

الدين هنا ثبت برضا مستحقه فلا يتعلق برقبة حتى أنه لا يتعلق بمهر المأذونة لها فى التصرف لأنه بدل بضعها ، وهو لا تتعلق به الديون فكذا بدله ، ولا تتعلق بسائر أموال السيد ولا بذمة سيده ، وإن أعتقه أو باعه لأنه وجب بمعاوضة مقصودة وأذن فيها السيد فيكون متعلقاً بالكسب كالنفقة فى النكاح .

---

(١) المراجع : المحلى جـ ٢ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، المغنى جـ ٢ ص ٩٦ .

والمراد هنا أنه يطالب ليؤدى مما فى يد العبد لامن غيره ، ولو مما كسبه العبد بعد الحجر ، وصار كالوارث فى التركة يطالب بالوفاء بقدرها فقط .

وفائدة مطالبة السيد بذلك إذا لم يكن فى يد العبد مال احتمال أنه يؤديه لأن له به علقة فى الجملة ، وإن لم يلزم ذمته ، فإن أداه برئت ذمة العبد وإلا فلا .

ويؤدى هذا الدين من مال التجارة أصلا وربحاً لاقتضاء العرف ، والإذن ذلك فيمتنع على السيد التصرف فيه بغير إذن العبد أو الغرماء فإن أتلفه غرم الأقل من قدره والدين ، ولو أذن العبد صح وتعلق الدين بذمة العبد ويؤدى أيضاً من كسب العبد فى الأصح .

ومقابل الأصح لا يؤدى من كسب العبد كسائر أموال السيد ، ثم إن بقى بعد الأداء شىء من الدين يكون فى ذمة العبد ، إلى أن يعتق فيطالب به .

* * *

الباب السابع
كتاب السّلم

تعريف السلم :

المادة (١٥٢) :

السلم بيع شيء موصوف فى الذمة بلفظ السلم أو السلف[1] .

المذكرة الإيضاحية

السلم : ويقال له : السلف .

وسمى سلما لتسليم رأس المال فى المجلس . وسلفا لتقديم رأس المال

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية) .

قال ابن عباس رضى الله عنهما : نزلت فى السلم . رواه الشافعى — رضى الله تعالى عنه — .

---

(١) مغنى ج ٢ ص ١٠٢ .

وخبر الصحيحين .

« من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

والسلم بيع إلا أنه عقد يختص بصيغة السلم أو السلف ويؤخذ من كون السلم بيعاً أنه لا يصح إسلام الكافر فى الرقيق المسلم .
وهذا هو الأصح كما فى المجموع . وإن صحح الماوردى صحته وتبعه السبكى .

ومثل الرقيق المسلم الرقيق المرتد .

* * *

رأس المال فى السلم :

المادة (١٥٣) :

يشترط فى السلم تسليم رأس المال فى المجلس . . والمعتبر القبض الحقيقى فلا تكفى الحوالة به ولا عليه . ويجوز أن يكون رأس المال منفعة وتقبض بقبض العين[١] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ صفحة ١٠٢، ١٠٣

يشترط لصحة السلم — مع شروط البيع المتوقف صحته عليها فيما عدا الرؤية لأن سلم الأعمى يصح — أمور .

أحدها تسليم رأس المال فى المجلس قبل لزومه لأن اللزوم كالتفريق إذ لو تأخر لكان فى معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال فى الذمة ولأن فى السلم غررا فلا يضم اليه غرر تأخير رأس المال.

ولابد من حلول رأس المال . ولايغنى عنه شرط تسليمه فى المجلس فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو ألزماه قبل القبض بطل العقد .

أو قبل تسليم بعضه بطل فيما لم يقبض ، وفيما يقابله من المسلم فيه وصح فى الباقى بقسطه .

ولو قال المسلم : أقبضتك بعد التفرق . وقال المسلم اليه : قبله ولا بينة صدق مدعى الصحة بيمينه أى المسلم اليه فى هذه الحالة : وان أقاما بينتين قدمت بينة المسلم إليه لأنها مع موافقتها الظاهر ناقلة للملك والأخرى مستصحبة له .

ولا يكفى قبض المسلم فيه الحال فى المجلس عن قبض رأس المال ، لأن تسليمه فيه تبرع وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات .

واذا أطلق ثم عين رأس المال وسلم فى المجلس قبل التخاير جاز كأن قال : أسلمت إليك ديناراً فى ذمتى فى كذا ثم عين الدينار وسلمه

فى المجلس لأن المجلس حريم للعقد فله حكمه ، فاء تفرقا أو تخابرا قبله بطل العقد.

إذا احال المسلم المسلم إليه برأس المال فلا يجوز ولو قبضه المسلم اليه فى المجلس. سواء أذن المحيل فى قبضه أم لا. لأن بالحوالة يتحول الحق الى ذمة المحال عليه فهو يؤديه عن جهة نفسه لا عن جهة المسلم.

نعم إن قبضه المسلم من المحال عليه اؤمن المسلم اليه بعد قبضه بإذنه وسلمه اليه فى المجلس صح.

وان جرت الحوالة من المسلم اليه على رأس المال وتفرقا قبل التسليم بطل العقد. وان جعلنا الحوالة قبضا. لأن المعتبر هنا القبض الحقيقى ، ولهذا لا يكفى عنه الإبراء.

نعم : إن أمر المسلم اليه المسلم بالتسليم الى المحتال ففعل فى المجلس صح القبض ، وكان المحتال وكيلا فيه عن المسلم اليه. والمسلم يقبض حينئذ بصفته وكيلا عن المسلم اليه لا بصفته محالا عليه.

والمعتمد أنه لا فرق بين المسألتين : الحوالة به وعليه ولو بالإذن لعدم القبض الحقيقى فيها كما هو مصرح به فى المادة.

ولو قبضه المسلم اليه فى المجلس وأودعه المسلم قبل التفرق جاز. لأن الوديعة لا تستدعى لزوم الملك.

وكذا يجوز لو رده المسلم إليه إلى المسلم عن دينه. لأن تصرف أحد

العاقدين فى مدة خيار الآخر انما يمتنع اذا كان مع غير الآخر إذ أن صحته تقتضى إسقاط ما ثبت له من الخيار. أما تصرف احد العاقدين للآخر فيصح . ويكون ذلك اجازة منهما للعقد الأول وهو السلم .

يجوز أن يكون رأس المال منفعة معلومة — كما يجوز جعلها ثمنا أو أجرة وصداقا . وتقبض بقبض العين . لأنه تعذر القبض الحقيقى اكتفى بهذا اذ هو الممكن فى قبض المنفعة لأنها تابعة لها .

ومن هذا يؤخذ أنه لو جعل رأس المال عقاراً غائباً و مضى فى المجلس ، زمن يمكن فيه المضى اليه والتخلية صح لأن القبض فيه بذلك .

وكذلك اذا كانت المنفعة متعلقة بدنه كتعليم سورة وخدمة شهر فانه يصح . وبه صرح الرويانى وبسلم نفسه وليس له إخراجها عن التسليم.

* * *

فسخ عقد السلم :

المادة (١٥٤) :

إذا فسخ عقد السلم بسبب يقتضيه وكان رأس المال باقياً ولم يتعلق به حق للغير استرده بعينه[1] .

---

(١) المغنى جـ ٢ ص ، ١٠٣ .

المـذكرة الإيضاحية

إذا فسخ السلم بسبب يقتضيه كانقطاع المسلم فيه عند حلوله . وراس المال باق لم يتعلق به حق ثالث استرده بعينه ولا يشاركه فيه الغرماء على فرض أنه أفلس وحجر عليه بالفلس .

وليس للمسلم إليه إبداله سواء ورد العقد على عينه أو على موصوف فى الذمة ثم عين فى المجلس . وقيل للمسلم إليه رد بدله إن عين فى المجلس دون العقد لأن العقد لم يتناول عينه .

وأجاب الأول بأن المعين فى المجلس بمثابة المعين فى العقد .

اما إذا كان تالفا ، فإنه يسترد بدله من مثل فى المثلى أو قيمة فى المتقوم .

* * *

رؤية رأس المال فى السلم :

المادة (١٥٥) :

رؤية رأس المال تكفى عن معرفة قدره[١] :

المـذكرة الإيضاحية

رؤية رأس المال المثلى تكفى عن معرفة قدره فى الأظهر كالثمن والمبيع المعين . فان اتفق فسخ ، وتنازعا فى القدر فالقول قول المسلم

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١٠٤ .

إليه بيمينه لأنه غارم . والثانى لا يكفى بل لابد من معرفة قدره بالكيل فى المكيل أوالوزن فى الموزون . ولايقال الذرع فى المذروع فانه ليس بمثلى لأنه قد يتلف وينفسخ السلم فلايدرى بم يرجع .

أما رأس المال المتقوم فتكفى رؤيته عن معرفة قيمته قطعا .

وقيل : فيه القولان .

ومحل الخلاف إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة ولا فرق فى جريان الخلاف بين السلم الحال والمؤجل .

ولو أسلم دراهم أو دنانير فى الذمة حمل على غالب نقد البلد .

فان لم يكن غالب بين النقد المراد وإلا لم يصح كالثمن فى المبيع أو أسلم عرضا فى الذمة وجب ذكر قدره وصفته .

* * *

وجوب كون المسلم فيه ديناً لا عيناً :

المادة (١٥٦) :

يجب أن يكون المسلم فيه ديناً لا عينا ولا يصح أن يكون من معين[1] .

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١٠٤ .

يشترط فى المسلم فيه أن يكون دينا لأن لفظ الســلم موضوع له فلو قال أسلمت إليك هذا الثوب فى هذا العبد فقبل فليس يسلم قطعا . لانتفاء الدينية . ولا ينعقد بيعاً فى الأظهر لاختلاف اللفظ . فإن اسم السلم يقتضى الدينية والدينية مع التعيين يتناقضان .

ولو قال : اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم أو بدراهم فى الذمة فقال : بعتك ، انعقد بيعا اعتباراً باللفظ ، وهذا هو الأصح فى أصل الروضة وصححه البغوى وغيره .

وقيل : سلما اعتباراً بالمعنى واللفظ لا يعارضه . لأن كل سلم بيع فإطلاق البيع على السلم إطلاق على ما يتناوله . وهذا ما رجحه العراقيون وغيرهم .

ومحل الخلاف إذا لم يذكر بعده لفظ الســلم . فلو قال : بعتك سلما أو اشتريت سلما . فسلم كما جزم به الشيخان فى تفريق الصفقة .

ولا يصح أن يكون المسلم فيه من معين .

فلو أسلم فى ثمر قرية صغيرة أو بستان أو ضيعة أى فى قدر معلوم منه لم يصح لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها فلا يحصل منه شىء ، وذلك غرر لا حاجة إليه ولا فرق فى ذلك بين السلم الحال والمؤجل .

أما لو أسلم فى قدر معلوم من ثمر ناحية أو قرية عظيمة صح فى الأصح لأنه لا ينقطع غالبا .

والكبيرة ما يؤمن فيها الانقطاع والصغيرة بخلافه فالعبرة بكثرة الثمار وقلتها .

مكان التسليم فى السلم :

المادة (١٥٧) :

(ا) يشترط لصحة عقد السلم بيان مكان التسليم إذا كان مكان العقد غير صالح للتسليم مطلقا أو كان صالحا له ولحمله إليه مؤنة فى المؤجل .

(ب) أما إذا كان صالحا للتسليم وليس لحمله إليه مؤنة أو كان السلم حالا مطلقا « لحمله إليه مؤنة أم لا » فإنه يتعين مكان العقد للتسليم . مالم يتفقا على محل غيره[1] .

المذكرة الإيضاحية

المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم اشترط بيان مكان التسليم للمسلم فيه سواء كان السلم حالا أو مؤجلا لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة .

فان كان يصلح للتسليم ولحمله إليه مؤنة والسلم مؤجل اشترط بيان محل التسليم كذلك .

---

(١) مغنى جـ ٢ ص ١٠٤ .

أما ان كان يصلح للتسليم ولم يكن لحمله مؤنة فى المؤجل أو كان حالا مطلقا سواء كان لحمله مؤنة أم لا . فإنه لا يشترط بيان محل التسليم ويتعين مكان العقد للتسليم للعرف .

ولو عينا غيره جاز وتعين ما عيناه .

والمراد بموضع العقد تلك المحلة حيث كانت صغيرة — لا خصوص موضع العقد .

ولو جعل اختيار المكان للمسلم إليه كان قال فى أى البلاد شئت فسد العقد للجهل بمكان التسليم .

ولو قال فى أى مكان شئت من بلد كذا فإن اتسع لم يجز وإلا جاز

* * *

حلول المسلم وفيه تأجيله :

المادة ١٥٨

يصح السلم حالا ومؤجلا . ويشترط فى المؤجل العلم بالأجل [١] .

المذكرة الإيضاحية

يصح السلم حالا ومؤجلا . أما المؤجل فبالنص والإجماع .

وأما الحال فبالأولى لبعده عن الغرر . ولا يقال إن الكتابة لا تصح بالحال وتصح بالمؤجل لأن إيجاب الأجل فيها لعدم قدرة

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٠٥ .

الرقيق والحلول ينافى ذلك . والمراد من قول الرسول ﷺ : « إلى أجل معلوم » العلم بالأجل فى المؤجل لا تخصيص السلم بالأجل.

وفائدة العدول من البيع إلى السلم الحال جواز العقد مع غيبة المبيع.

فالمبيع قد لا يكون حاضراً مرئيا فلا يصح بيعه . وإن أخره لإحضاره ربما فات على المشترى على أن كون البيع فى الذمة يغنى عنه. لا يقتضى منعه مع أن العرف اطرد بالرخص فى مطلق السلم دون البيع.

فان أطلق عن الحلول والتأجيل انعقد حالا كالثمن فى البيع المطلق.

وقيل : لا ينعقد لأن المعتاد فى السلم التأجيل فيحمل المطلق عليه . ويكون كما ذكر أجلا مجهولا.

ويشترط فى المؤجل العلم بالأجل. فيصح بشهود العرب وغيرها لأنها معلومة مضبوطة.

وإن أطلق الشهر حمل على الهلالى. لأنه عرف الشرع وذلك بأن يقع العقد أوله. فان انكسر شهر بأن وقع العقد فى اثنائه والتأجيل بأشهر حسب الباقى بعد الأول المنكسر بالأهله . وتمم الأول ثلاثين مما بعدها.

والسنة المطلقة تحمل على الهلالية لأنها عرف الشرع. قال تعالى : (يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج)

والأصح صحة تأجيله بالعيد وجمادى. ويحمل على ما يلى العقد منهما لتحقق الاسم به. والثانى لا. بل يفسد لتردده بين الأول والثانى.

* * *

شرط المسلم فيه أن يكون مقدوراً على تسليمه :

المادة (١٥٩) :

يشترط أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم .

المذكرة الإيضاحية

يشترط أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم ، وذلك فى السلم الحال بالعقد ، وفى المؤجل بحلول الأجل لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السلم فيه .

فاذا أسلم فى منقطع عند الحلول كالرطب فى الشتاء لم يصح . وكذا لو ظن تحصيله بمشقة عظيمة كقدر كثير من الباكورة ، وهى أول الفاكهة ، فان كان يوجد ببلد آخر صح السلم فيه إن اعتبر نقله غالباً منه للبيع ونحوه من المعاملات وإن بعدت المسافة للقدرة عليه .

أما إذا لم يعتد نقله لنحو البيع غالباً ، بأن كان النقل له نادراً ، أو لم ينقل منه أصلا ، أو اعتبر نقله لغير المعاملة كالهدية فلا يصح السلم فيه ، لعدم القدرة عليه ، ولو أسلم فيما يعم وجوده فانقطع وقت حلوله لم ينفسخ فى الأظهر لأن السلم فيه متعلق بالذمة فأشبه إفلاس المشترى بالثمن .

---

(١) مغنى جـ ٢ ص ١٠٦ .

والثانى ينفسخ كما لو تلف قبل القبض .

وعلى الأول يتخير المسلم بين فسخه ، والصبر حتى يوجد فيطالب به دفعاً للضرر ، والأصح أن الخيار على التراخى فان أجاز ثم بدا له أن يفسخ مكن منه ، ولو أسقط حقه من الفسخ لم يسقط .

والمراد بانقطاعه ألا يوجد أصلا أو يوجد ببلد بعيد ، وهو مسافة القصر ، أو ببلد آخر ، ولو نقل لفسد . أو لم يوجد إلا بأكثر من ثمن مثله . لأن الشارع جعل الموجود بأكثر من قيمته كالمعدوم ، بخلاف ماإذا غلا سعره ، فانه يحصله ويجرى الخلاف فيما إذا قصر المسلم إليه فى الدفع حتى انقطع أو حل الأجل بموت المسلم إليه ، قبل وجود المسلم فيه . أو تأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين ، ثم حضر بعد انقطاعه . ولو علم قبل المحل انقطاعه عنده ، فلا خيار قبله فى الأصح ، لأنه لم يدخل فى وقت وجوب التسليم .

والثانى نعم لتحقق العجز فى الحال .

***

شروط المسلم فيه أن يكون معلوم المقدار :

المادة (١٦٠) :

يشترط كون المسلم فيه معلوم القدر بمقاييس معتادة كيلا أو وزنا أو عداً أو ذرعا[١] .

---

(١) مغنى ج ٢ ص ١٠٧ .

يشترط كون المسلم فيه معلوم القدر كيلا فيما يكال ، أوزناً فيما يوزن للحديث السابق أو عداً فيما يعد ، أو ذرعاً فيما يذرع قياساً على ماقبلهما . وذكر الحديث الأولين لغلبتهما وللتنبيه على غيرهما .

ويصح سلم المكيل وزناً وعكسه .

وحمل الإمام إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على مايعد الكيل فى مثله ضابطاً فيه بخلاف نحو فتات المسك والعنبر لأن للقدر اليسير منه مالية كثيرة ، والكيل لايعد ضابطاً فيه . نقله الرافعى وسكت عليه :

وكذلك النقدان لايسلم فيهما إلا بالوزن كما قاله الجرجانى .

ولم يعين هنا فى المكيل الكيل ، وفى الموزون الوزن ، كما فى الربا لأن المقصود هنا معرفة القـدر — وثم المماثلة بعادة عهده صلى الله عليه وسلم .

وما لا يضبطه الكيل لتجافيه فى المكيال يشترط فيه الوزن ، كالبطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان والرانج . ولا يكفى فيها العد لكثرة التفاوت فيها . والجمع فيها بين الوزن والعد مفسد ، لأنه محتاج إلى ذكر الجرم فيورث عزة الوجود . ويصح السلم وزناً فى نوع يقل اختلافه كاللوز والجوز ، كما يصح السلم فيه كيلا فى الأصح قياساً على الحبوب والتمر . والثانى لا : لتجافيهما فى المكيال .

ويجوز فى المشمش كيلا ووزناً ، وإن اختلف نواه كبراً وصغراً .

ويجمع فى اللبن بين العد والوزن ندباً لأنها تضرب عن اختيار فلا يؤدى إلى عزة الوجود — فالواجب فيه العد والأمر فى وزنه على التقريب .

ويشترط ذكر الطول والعرض والتخانة لكل لبنة ، وأنه من طين معروف .

وإذا عين مكيالا فسد السلم ، ولو كان حالا إن لم يكن ذلك الكيل معتاداً ككوز لايعرف قدر مايسع ، لأن فيه غرراً ، ولأنه قد يتلف قبل قبض مافى الذمة فيؤدى إلى التنازع . بخلاف بيع ملئه من هذه الصبرة فانه يصح لعدم الغرر .

أما إن كان الكيل معتاداً بأن عرف قدر مايسع فلا يفسد السلم فى الأصح ، ويلغو تعيينه كسائر الشروط التى لا غرض فيها ، ويقوم مثل المعين مقامة .

فلو شرطا ألا يبدل بطل العقد .

وتعيين الميزان والزراع والصنجة فى معنى تعيين المكيال .

وإذا اختلفت المكاييل والموازين فلا بد من تعيين نوع منها . إلا أن يغلب نوع فيحمل الإطلاق عليها .

* * *

انضباط أوصاف المسلم فيه ومعرفتها :

المادة (١٦١) :

يشترط أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالأوصاف التى يختلف بها الغرض اختلافا ظاهراً وأن تذكر فى العقد على وجه لا يؤدى إلى عزة الوجود.

وأن تكون معروفة للعاقدين ولغيرهما[1] .

المذكرة الإيضاحية

يشترط لصحة المسلم أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالأوصاف التى يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً ، وليس الأصل عدمها لتقريبه من المعاينة ، ولأن القيمة تختلف بسببها .

خرج بالقيد مالا ينضبط مقصوده — فلا يصح السلم فيه كالمختلط المتعدد الأركان التى لا تنضبط مثل هريسة ومعجون ، وغاليه وخف وترياق مخلوط لعدم انضباط أجزائهـا ، لان الغالية مركبة من مسك وعنبر وكافور — والخف مركب من ظهارة و بطانة وحشو .

---

(١) مغنى جـ ٢ ص ٨ ، ١١٥ .

أما الخفاف المتخذة من شيء واحد ، فيصح السلم فيها إن كانت جديدة ، واتخذت من غير جلد ، ولا يصح السلم فى الحنطة المخلوطة بالشعير كذلك .

أما المختلط المنضبط أجزاؤه كعنابى « مركب من قطن وحرير » وخز مركب من إبريسم ووبر أو صوف . فيصح السلم فيها على الاصح لسهولة ضبط كل جزء من هذه الاجزاء إذ أن اللحمة من أحدهما والسدى من الآخر — أو تعرف الاجزاء بطريق الوزن كما يصح السلم فيما كان مختلطاً بما هو من مصالحه كالجبن والاقط ، إذ أن اللبن مخلوط بالانفحة والملح ، وهما من مصالحه . أو كان مختلطاً بما هو قوام له ، كخل تمر أو زبيب ، فهو يحصل من اختلاطه بالماء وهو قوامه .

وكذلك الشهد فهو مركب من عسل النحل ، وشمعه خلقة ، فهو شبيه . بالتمر وفيه النوى ، ومقابل الأصح فى السبعة بنفى الانضباط لان كلا من الحرير ، يقل ويكثر . ولا يصح السلم فى الخبز فى الاصح عقد الاكثرين لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ولأن ملحه يقل ويكثر .

والثانى الصحة وصححه الإمام ، ومن تبعه لأن ناره مضبوطة ، والملح غير مقصود . وخرج بالقيد الثانى ما يتسامح بإهمال ذكره . كالكحل والسمن فى الرقيق .

وخرج بالقيد الثالث كون الرقيق قوياً على العمل أو ضعيفاً ، أو كاتبا أو أميا أو نحو ذلك ، فإنه وصف يختلف به الغرض اختلافا ظاهراً مع أنه لا يجب التعرض له لأن الأصل عدمه .

٢ — ويشترط أن نذكر فى العقد مقترنة به حتى يتميز المقصود عليه ، فلا يكفى ذكرها قبله ، ولا بعده ، ولا فى مجلس العقد . نعم إن توافقا قبل العقد ، وقالا أردنا فى حالة العقد ما كنا اتفقنا عليه صح . قاله الأسنوى .

٣ — كما يشترط أن لايؤدى الوصف إلى عزة الوجود ، لأن السلم عزر فلا يصح إلا فيما يوثق بتسليمه .

ولا يصح السلم فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة لانتفاء الوثوق بتسليمه إلا إذا كان السلم حالا وكان المسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه بموضع يندر فيه فانه يصح .

ولا يصح فيما لو استقصى وصفه الواجب ذكره فى عقد السلم ، عز وجوده كاللؤلؤ الكبار واليواقيت لانه لابد فيها من التعرض للحجم والوزن والشكل والصفاء . واجتماع هذه الأمور نادر :
أما اللالىء الصغار وهى ماتطلب للتداوى فإنه يصح السلم فيها .
ولا يصح فى العقيق لشدة اختلافه .

كما لايصح فى جارية وأختها أو خالتها أو عمتها او ولدها لان اجتماعهما بالصفات المشروطة نادر .

أما اشتراط كون الرقيق كاتبا ، أو الجارية ماشطة ، فانه يصح لان هذا الوصف ، يسهل تحصيله ، بالاكتساب بخلاف البنوة والاخوة .

٤ — ويشترط معرفة العاقدين صفات المسلم فيه فى العقد فإن جهلاها أو أحدهما لم يصح العقد .

وكذلك يشترط أن يعرف الصفات غيرهما فى الأصح ليرجع إليهما عند تنازع العاقدين . والثانى لايشترط معرفة غيرهما .

١ — يصح السلم فى الحيوان لأنه يثبت فى الذمة قرضا فى خبر مسلم ففيه أنه — ﷺ — اقترض بكراً فقيس على القرض السلم ، وعلى البكر غيره من سائر الحيوان .

وروى أبو داود أنه — ﷺ — أمر عمرو بن العاص رضى الله عنه — أن يأخذ بعيراً ببعيرين إلى أجل . وهذا سلم لاقرض لما فيه من الفضل . والأجل .

وحديث النهى عن السلف فى الحيوان ، قال ابن السمعانى غير ثابت وإن أخرجه الحاكم .

فيشترط فى الرقيق ذكر نوعه كترکی أو غيره . وذكر لونه كأبيض أو غيره ، مع وصف البياض بالسمرة أو الشقرة ، وكذلك ذكورته أو أنوثته ، وطوله وقصره ، وسنه على التقريب .

ويعتمد قول العبد فى الاحتلام وكذلك فى السن إن كان بالغا ، وإلا فقول سيده إن علمه . وإلا فقول النخاسية بظنونهم .

ولا يشترط ذكر الكحل ولا السمن ولا الملاحة فى الأصح لتسامح الناس بإهمالهما وإن قال الثانى إنها مقصورة ولا يورث ذكرها عزة الوجود .

والأصح اشتراط الثيابة أو البكارة .

ويشترط فى الأنعام والخيل والبغال والحمير الذكورة أو الأنوثة والسن والنوع واللون ويبين النوع بالإضافة الى بلد أو غيره .

ويشترط فى الطير النوع والصغر وكبر الجثة .

قال الأذرعى الظاهر أنه لا يجوز السلم فى النحل وان جوزنا بيعه لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل .

٢ — ويشترط فى اللحم ذكر أصله من بقر أو ضأن أو معز ، ذكر خصى رضيع معلوف أو ضدها . كما يشترط ذكر مأخذه من فخذ او كتف أو جنب . ويقبل عظمه على العادة . فان شرط نزعه جاز الشرط ، ولم يجب قبول العظم . ولا فرق فى جواز السلم بين الطرى والقديد والمملح لأن الملح من مصلحته .

ويصح السلم فى الشحم والكبد والإلية والطحال ، ونحو ذلك ويذكر جنس حيوانها ونوعه صفته . ويصح فى السمك والجراد حيا وميتا حيث عم ، ولا يصح السلم فى اللحم المطبوخ والمشوى لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه وتعذر الضبط والأظهر منعه فى رءوس الحيوان . والثانى الجواز بشرط أن تكون منقاة من الشعر والصوف موزونة قياسا على اللحم بعظمه .

٣ — ويشترط فى الثياب ذكر جنسها من قطن أو غيره ، والطول والعرض مع ذكر اللفظ والدقة فى الغزل . والصفاقة والرقة فى النسيج ، والنعومة والخشونة لاختلاف الغرض بذلك .

ومطلقه يحمل على الخام دون المقصور . لأن القصر صفة زائدة ، ويجوز فى المقصور لأن القصر وصف مقصود مضبوط .

ولا يجوز فى الملبوس لأنه لا ينضبط .

ويصح فيما صبغ قبل النسيج . والأقيس صحته فيما صبغ بعده . وإن قال النووى الأصح منعه لأن المصبغ بعده بسد الفرج فلا تظهر معه الصفاقة .

٤ — ويشترط فى التمر ذكر لونه ونوعه كمعقلى أو برنى ، وبلده وصغر الحبات وكبرها وعتقه وحداثته .

والحنطة وسائر الحبوب كالتمر فيبين نوعها ولونها وصغر الحبات وغيره ، ويصح السلم فى البقول كالكرات والبصل والفجل وغيرها فيذكر جنسها ونوعها ولونها وبلدها .

ولا يصح فى الجزر إلا بعد قطع ورقه لأن ورقه غير مقصود .

٥ — ويشترط فى العسل جبلى أو بلدى صيفى أو خريفى أبيض أو أصفر لتفاوت الغرض بذلك .

ولا يشترط العتق والحداثة لأن الغرض لا يختلف فيه بذلك إذ أن العسل لا يتغير .

ولا يضر تأثير الشمس فى العسل لعدم اختلافه .

وفى جواز السلم فى العسل المصفى بالنار ، وفى السكر وجهان صحح فى تصحيح التنبيه الجواز فى كل مادخلته نار لطيفة . وكذلك السمن .

٦ — ولا يصح السلم فى مختلف أجزاؤه كبرمة معمولة وهى القدر وجلد على هيئته ، وكوز وطس وقمقم ومنارة ونحوها لتعذر الضبط إذ تختلف أجزاء الجلد دقة وغلظاً — وتتفاوت الأجزاء بين أعلاه وأسفله فى غيره .

أما قطع الجلد فيجوز السلم فيها وزناً لانضباطها ، لأن جملتها مقصودة ، وكذلك يصح السلم فى البرمة المصبوبة فى القالب ، وفى الأسطال المربعة والمدورة لعدم اختلافها .

٧ — يصح السلم فى المنافع كتعليم القرآن لأنها تثبت فى الذمة كالأعيان ويصح فى الذهب والفضة ولو غير مضروبين كغيرهما .

ولا يجوز إسلام أحدهما فى الآخر ، ولو حالا وقبضا فى المجلس لتضاد أحكام السلم والصرف لأن السلم يقتضى استحقاق قبضهما فيه . وكذلك المطعومات . وهذا إذا لم ينو بالسلم عقد الصرف وإلا صح إذا كان حالا وتقابضا فى المجلس .

* * *

جودة المسلم فيه ورداءته :

المادة (١٦٢) :

إذا لم ينص فى العقد على الجودة أو الرداءة من أوصاف المسلم فيه حمل على الجيد .

المذكرة الإيضاحية

لا يشترط ذكر الجودة والرداء فيما يسلم فيه فى الأصح . ويحمل مطلقه على الجيد للعرف .

والثانى يشترط ذكر أحدهما . لأن القيمة والأغراض تختلف بهما فيفضى تركهما إلى النزاع . وهذا مندفع بالحمل المذكور .

وينزل الجيد بالحمل المذكور أو بالشرط على أقل درجاته .

فلو شرط الأجود لم يصح العقد لأن أقصاه غير معلوم .

وإن شرط الرداءة فى النوع صح على الأصح لانضباط ذلك .

أما إن شرط الرداءة فى العين لم يصح العقد لعدم انضباطه .

وإن شرط الأردأ صح العقد ويقبل ما يأتى به منه اذ طلب الأردأ من المحضر عناد .

* * *

---

(١) مغنى ج ٢ ص ١١٥ .

استبدال المسلم فيه :

المادة (١٦٣) :

لا يصح ان يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه[1] .

المذكرة الإيضاحية

لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه كالبر عن الشعير وغير نوعه كالتمر البرنى عن المعقلى .

لأن الأول اعتياض عن المسلم فيه وهو ممتنع لحديث «من أسلف فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله . ولأنه بيع للمبيع قبل قبضه . والثانى يشبه الاعتياض عنه .

وقيل يجوز فى نوعه لأن الجنس يجمعهما ، فكان كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة . ولهذا يحرم التفاضل بينهما . ويضم أحدهما إلى الآخر فى الزكاة . ولكن لايجب قبوله لاختلاف الاعراض باختلاف الانواع .

* * *

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .

إعطاء أردأ أو أجود :

المادة (١٦٤) :

يجوز إعطاء أردأ من المشروط ولا يجب على المسلم قبوله. ويجوز إعطاء أجود من المشروط ويجب على المسلم قبوله .

المذكرة الإيضاحية

يجوز إعطاء أردأ من المشروط المشروط لأنه من جنس حقه . ولكن لايجب قبوله لأنه دون حقه .

ويجوز إعطاء أجود من المشروط صفة . ويجب قبوله فى الاصح لأن الامتناع منه عناد ولإشعار بذله بأنه لم يجد سبيلا الى براءة ذمته بغيره . وذلك يهون أمر المنة التى يعلل بها الثانى . والثانى لا يجب لما فيه من المنة . كما لو أسلم اليه فى خشبة خمسة أذرع ، فجاء بها ستة فإنه لايجب عليه قبولها ؛ وفرق الاول بأن الجودة أو الرداءة لايمكن فصلها لانها تابعة بخلاف زيادة الخشبة اذ يمكن التخلص من الزيادة .

نعم إن كان على المسلم ضرر فى قبوله كان أسلم إليه فى عبد أو أمة فجاءه بفرعه أو أصله أو زوجته أو زوجها لم يجب قبوله . إذ يعتق عليه أصله أو فرعه بدخوله فى ملكه . ويبطل عقد النكاح

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١١٥ .

بملكه زوجته ، أو بملكها زوجها ، فان الملك أقوى من النكاح فيبطله .

وإن جاءه بأخيه أو عمه فوجهان ، وجه المنع . وهو الظاهر أن من الحكام من يحكم بعتقه عليه ذكره الماوردى .

* * *

إحضار المسلم فيه المؤجل قبل وقت حلوله :

المادة (١٦٥) :

إذا أحضر المسلم فيه المؤجل قبل وقت حلوله فامتنع المسلم عن قبوله لغرض صحيح لم يجبر على قبوله[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا أحضر المسلم فيه المؤجل قبل وقت حلوله فامتنع المسلم عن قبوله لغرض صحيح بأن كان حيوانا يحتاج لمؤنة لها وقع فلو قصرت المدة لم يكن له الامتناع . أو كان وقت إغارة ، أو كان تمراً أو لحماً يريد أكله عند المحل طريا لم يجبر على قبوله لتضرره ، وإن كان للمؤدى غرض صحيح فى التعجيل .

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١١٦ .

فاذا لم يكن للمسلم غرض صحيح فى الامتناع فان كان للمؤدى غرض صحيح فى التعجيل كفك رهن أو براءة ضامن : أجبر المسلم على القبول لأن امتناعه حينئذ تعنت .

وكذا يجبر عليه لخوف انقطاع الجنس عند الحلول أو لمجرد غرض براءة المسلم اليه فى الأظهر . وكذا لاىغرض لأن الاجل حق المدين وقد أسقطه ، فامتناعه من قبوله محض تعنت . والثانى لا يجبر للمنة .

ولو تعارض غرضاهما فالمرعى جانب المستحق على الاصح كما أفهمه كلام المصنف وحيث ثبت الإجبار وأصر على الامتناع قبض له الحاكم .

***

الأداء بعد المحل فى غير محل التسليم :

المادة (١٦٦) :

إذا وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل فى غير محل التسليم لم يلزم المسلم إليه الأداء إن كان لنقله إليه مؤنة[١] .

---

(١) المغنى حـ ٢ ص ١١٦ .

إذا وجد المسلم المسلم اليه بعد المحل فى غير محل التسليم أى مكانه لم يلزم المسلم إليه الأداء إن كان لنقله من محل التسليم إلى محل الظفر مؤنة ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه لعدم التزامه لها ، ولتضرره بذلك . بخلاف مالا مؤنة لنقله كالدراهم . أو تحملها المسلم فانه يلزمه الأداء اذ لاضرر عليه حينئذ .

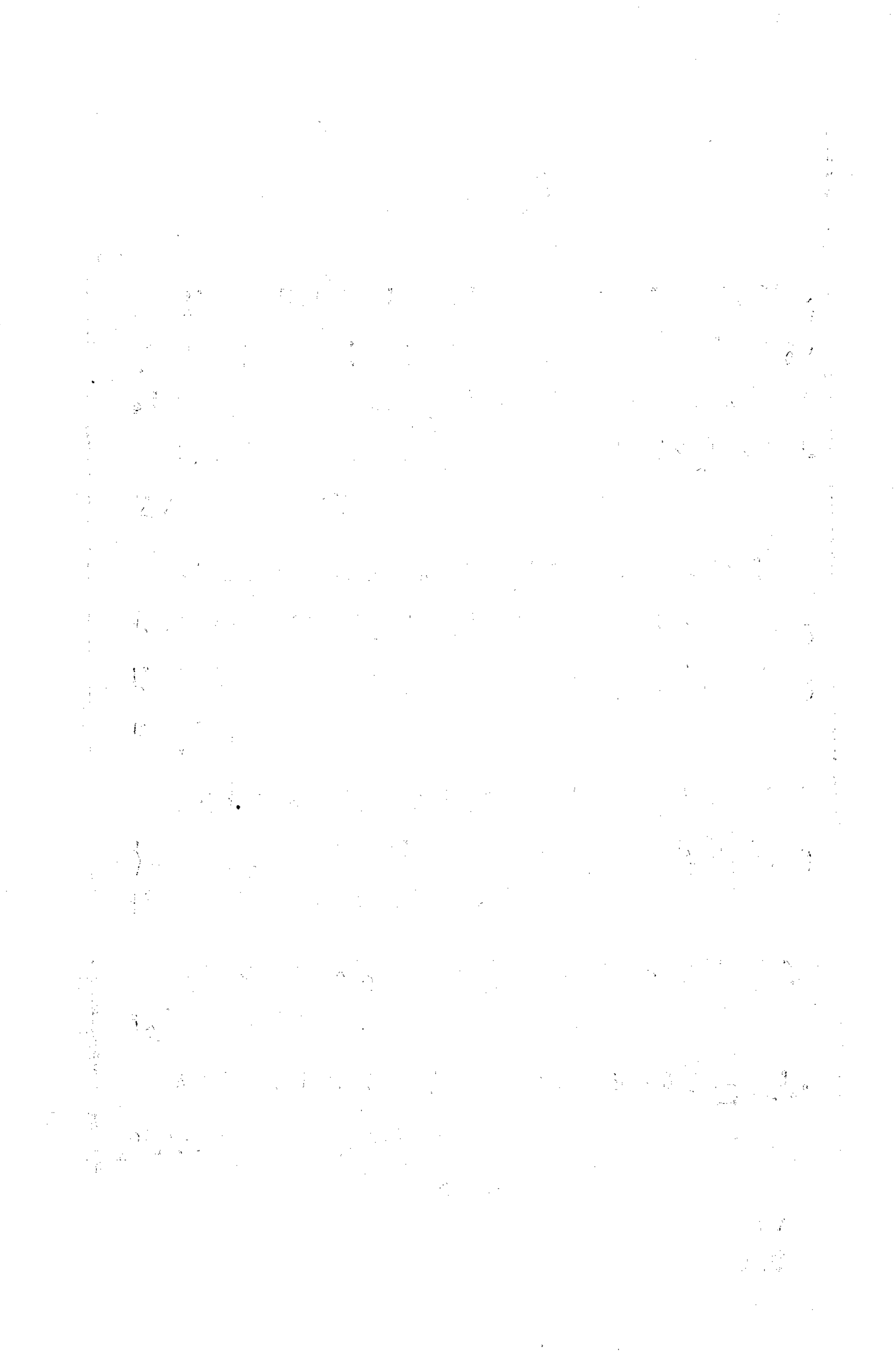
وللمسلم الدعوى عليه والزامه بالسفر معه الى مكان التسليم أو بالتوكيل ، ولا يحبس ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح لامتناع الاعتياض عنه لكن له الفسخ واسترداد رأس المال كما لو انقطع المسلم فيه .

وإن أحضره المسلم إليه فى غير محل التسليم فامتنع المسلم من قبوله لم يجبر على قبوله ، إن كان لنقله إلى محل التسليم مؤنة . أو كان الموضع المحضر فيه او الطريق مخوفا لتضرره بذلك .

فإن رضى بأخذه لم تجب له مؤنة النقل بل لو بذلها لم يجز قبولها لأنه كالاعتياض .

فإن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان الموضع مخوفا ، فالأصح إجباره على قبوله لتحصل له براءة الذمة .

* * *



خطأ وصـــواب

الخطـأ	الصـــواب	صفحة	سطر
أنت يا با عبد الله	إفت	٢٣	١٥
أن تغنى(٢)	ينقل الرقم إلى السطر قبله فوق كلمة الفتيا	٢٣	١٥، ١٤
إنق	انق	٢٤	١٠
المقدمة	القدمة	٢٨	١٥
الضرورة	كالضرورة	٥٠	٩
والقواعد	وبعض القواعد	٥٣	٦
الحسن محمد	الحسن بن محمد	٥٥	١٧
بن صيار	يســار	٥٥	١٨
يتلفظ	يتلفظ به	٦٢	١
محجور به	محجور به	٦٣	٦
عقد يتضمن مقابلة عوض	عقد على عوض	٦٤	١٣
بآخر مجهول	غير معلوم	٦٤	١٣، ١٤
يحصل	يكون	٦٤	١٦
الآدمين	الآدميين	٦٤	١٧
سواء كان — إلى — نؤثر فيه	تحذف	٦٥	١، ٢
من غير ذكر أجل	تحذف	٦٥	٧
جر	تحذف	٦٥	٩
انتهاء	إنهاء	٦٧	٤
اللغة	السلمة	٦٧	١٣
الصفة	الصفقة	٦٧	١٧

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
ونصح	فصح	٦٧	١٧
الجبار طلب	الجبار هو طلب	٦٩	٤
وعضه	محضة	٦٩	١١
بشرط	إن شرط	٧٠	١٧
من	من	٧١	١٥
أو قضاء	أو قضاء عرق	٧٢	١٥
تقرير	تقرير	٧٢	١٥
البيع	المبيع	٧٢	١
للثمن	الثمن	٧٣	١٨
يوم	وقت	٧٣	١٩
يوم	وقت	٧٣	٢٠
سقوط مادة ٦٢	مادة ٦٢ لو علم المشترى العيب بعد زوال ملكه عنه فلا أرش له . فإن عاد الملك إليه فله الرد .	٧٣	بعد سطر ٢٠
الأجابة	الأجازة	٧٥	٣
بعد أن أخذ	بعد أخذ	٧٥	١٧
أصلى	الأصل	٧٧	٧
المبيع	البيع	٧٨	١١
إذن	أذن	٧٩	١١
تلف	سلف	٧٩	١٣
مدين	بالدين	٨٠	١١
فتكون	فتكن	٨١	١٦

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
القدير	التقدير	٨٢	٤
أجبز	أجبر	٨٢	١١
أجبزا	أجبرا	٨٢	١٢
بالأصالة	ابتداء	٨٣	٨
بيع الأرض	بيع الأرض وما يتبعها	٨٨	٣
ثمرة	ثمره	٨٩	١٦
تغيب	تعيب	٩١	٧
وإذ	وإذا	٩٤	٥
إن	فإن	٩٥	٥
وللبائع	وللبائع	٩٥	٥
أن	فإن	٩٥	٧
تعلقت	تعلق	٩٦	١٢
استرد	استرده	٩٧	٩
وكان	أو كان	٩٨	٣
ولحمله	لحمله	٩٨	٤
المقصد	العقد	٩٨	١٣
وغيرها	ولغيرها	٩٨	١٤
منهما يقع	منهما قد يقع	١٠١	١٩
وسئل	سئل	١٠٢	٨
التملك	التمليك	١٠٥	٧
أو بائعه	أو أنا بائعه	١٠٦	٧
وهذا دليل	دليل	١٠٦	٩
يتكلم	يتلفظ	١١١	٥

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
من بقربه	بقربه	١١١	٧
واحتمال	هو احتمال	١٢٥	١٥
البيت	ذا البيت	١٢٥	١٧
فلان	فلان فرسه	١٢٥	١٧
ولم يعلمه أحدهما	ولم يعلما أو أحدهما قبل العقد المقدار	١٢٥	١٨
البيع	المبيع	١٢٦	٤
والمتمن	أو الثمن	١٢٦	١
والمثمن	والثمن	١٢٦	٤
وثمن الفرس قبل العقد	وثمن الفرس إن علما	١٢٦	٦
لأنهما لم يعلما	تحذف	١٢٦	٦
ولو قال	وقال	١٢٦	٦
كل من البائع بالثمن وعلم المشترى بالمثمن	كل من البائع والمشترى بالثمن والمثمن	١٢٦	٧ ، ٨
مماحة	مساحة	١٢٦	١٧
ولا يصح بيع بعض الدار	تحذف إلى قوله أخذا مما مر	١٢٦ ١٢٧	١٩ ١ ، ٢
لدفع الغرر	للغرر	١٢٧	٤
الثلاثة	الثلاث	١٤٥	٢
حالين	مالين	١٤٥	٢
لتوزيع	وتوزيع	١٤٥	٣
قياسه	مداره	١٤٥	١١
بالنسبة لها	تحذف	١٤٥	١٣
مظنة	مناط	١٤٥	١٨

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
من جنسه	من جنسه أو من غير جنسه	١٤٦	٥
وقدنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ	تحذف	١٤٨	٢
عند بيع	عن عسب	١٤٨	٣
بعث	بعت	١٥١	٤
الإبهام	الإبـهـام	١٥٢	٨
باطل فيهما	باطل فيهما وذلك مايسمى بيعتين فى بيعة	١٥٢	٩
فحـذ	فحـذ	١٥٢	١٣
والبداءة	أو البراءة	١٥٥	١١
بثمن	لثمن	١٥٥	١٣
بثمن	لثمن	١٥٥	١٧
بقصد	بقصد	١٥٧	١٨
الاعتناق	الإعتاق	١٦٠	١
عند	عن	١٦٠	٢
مطالبته	مطالبة	١٦٠	٨
إذا	وإذا	١٦٣	١٨
الحـل	الحلال	١٧١	٣
وصح	فصح	١٧١	٥
إما	أما	١٧٢	٦
المملوك له	تحذف	١٧٢	٧
إنما	أنما	١٧٢	١٠
المسمين	المسمى	١٧٣	٨
وشفعة	وشقص	١٧٥	٥

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
هو خير	هو طلب خير	١٧٨	٥
وهو	نحذف	١٧٨	١٢
ثبتت قوته	ثبت	١٧٩	١
ملازما له	هو لازما له	١٧٩	٢
والثانى	وأصحهما	١٨١	١
وإجارة العين تغاير	قال القفال وطائفة الخلاف في إجازة العين أما	١٨١	٣
الشفقة	الشفعة	١٨١	١١
الجوالة	الحوالة	١٨١	١٣
ينفرق	بتفرق	١٨٣	٨
صاحبه »	ينقل القوس إلى كلمة بالخيار »	١٨٣	١٥
وإن يجتمعوا	وإن لم يجتمعوا	١٨٥	١٢
النفرق	التفرق	١٨٦	٨
النانى	الساق	١٨٦	٩
لأيهما	أو لأيهما	١٨٩	٤
كأفراد	كمقدى	١٩٢	١
فطنة	ظنة	١٩٢	١٣
لأنه ليس له الملك فى هذه الحالة	نحذف	١٩٣	٢
اشترط	اشتراط	١٩٣	١١
شرط	شرط له	١٩٣	٥
فإن رضى به الموكل نفذ	نحذف	١٩٥	١٣
وفى نفسه	ولا في نفسه	١٩٦	١
يتماون	يتغاير	١٩٦	١٠

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
احتار	اختير	١٩٧	٨
ولشترى	وللمشترى	٢٠٠	١٣
إحازته	إجازته	٢٠١	١٠
وترويجه	وتزويجه	٢٠١	١٠
واستمراره مدة	واستمرار مدة	٢٠٣	٤
ومنشاه	ومنشأه	٢٠٣	١٤
مادة	مادة ٣٥	٢٠٤	٣
العين	العين أو القيمة	٢٠٥	٢
فتنقص القيمة به كالخصاء ... أيضا ،	فتنقص القيمة به فالخصاء في الثيران الكبيرة لاية فى الرد وإن نقصت القيمة بذلك ونقص العين كقلع السن في الكبير لارد به أيضا.	٢٠٥	٤ ، ٥
البيع	المبيع	٢٠٥	٨
حال	بعد	٢٠٦	٦
يفتدى	يفتدى	٢٠٧	١٤
عيب باطن بالحيوان علمه	تحذف	٢٠٧	٥
المشترى	فللمشترى	٢٠٧	١٠
مما	فما	٢٠٨	٤
ابتداء من السطر الثاني في صحيفة ٢٠٨	ينقل تابعاً لمذكرة المادة رقم ٦٠ ص ٢١٢		
باعتبار	باعتبار أقل	٢٠٨	٧
ضمان البائع	ضمان البائع والزيادة في الثانية حدثت في ملك المشترى	٢٠٨	٥
سواءا	سواء	٢١١	٢

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
المنقل	النقل	٢١١	٣
البائع	المانع	٢١٤	٥
لرد	الرد	٢١٤	١٠
العزم	الغرم	٢١٤	١٤
أو وارثه	فإن مات رده على وارثه	٢١٦	١٠
ليدافع عن حق البائع يحذف السطر التاسع من صحيفة ٢١٧	لينكر عن الغائب	٢١٧	٨
على فى	على ذلك فى	٢١٧	٤
متعذراً	متمززا	٢١٧	٢
ويحلفه أى	ويحلفه يمين الاستظهار على	٢١٧	٥
التوكل	التوكيل	٢١٨	١٤
لسلم	للتسليم	٢١٩	٤
بين	ببعد	٢١٩	٧
موجوداً	موجودا	٢٢٠	١٢
يقبم	يضم	٢٢٢	٤
أن	فإن	٢٢٦	٣
وبه	به	٢٢٨	٢
رد	يرد	٢٢٨	١٤
شيئاً	شيئاً واحداً	٢٢٩	٩
ولم يرد	لم يرد كما تملك	٢٢٩	٩
جاز	جاز وسبيل التوزيع	٢٢٩	١٣
كان شرى	كان اشترى آنية وجبن معيبة و بتفصيل الثمن كأن اشترى	٢٣٠	٥
والبينة	البينة	٢٣١	١٣

خطأ	الصواب	صفحة	سطر
أرساد	أرشا	٢٣٢	١١
الفقد	العقد فهي	٢٣٣	٤
لما	تحذف	٢٣٤	١٠
المبيع	المبيع قبل القبض	٢٣٥	٩
تقابلنا	تقايلنا	٢٣٩	٤
تقاسمنا	تفاسخنا	٢٣٩	٤
أحكام	أحكاماً	٢٤١	٤
تلف المبيع	تلف المبيع أو إتلافه	٢٤٢	٩
عن	أن	٢٤٣	١٢
تبقاصان	يتقاصان	٢٤٣	١٥
وهو ضامن له	تحذف	٢٥٣	١٤
والأمانة تكون مضمونة إن فرط فيها	»	٢٥٤	١
واماالمنقول وهوغيرالتابع	والمنقول هو غير	٢٥٧	١٢
المشغول	مذنول	٢٥٧	١٤
والمبيع	فالمبيع	٢٥٧	١٤
قبض المبيع	قبض المبيع من غير إذن البائع	٢٥٨	١٣
وسلة	وسلمه	٢٥٩	٨
واحتاف	واختلف	٢٦٣	١٣
بيد	تحذف	٢٦٤	١٥
باخذ	يأخذ	٢٧٥	١٦
بأحد	يأخذ	٢٧٦	٢
جزه	جزء	٢٧٧	٥

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
فى ا كتفاء	ا كتفاء	٢٧٨	٨
نبرع	أو نبرع	٢٨٠	٤
نمم	نعم	٢٨٠	٥
بينة	بيذته	٢٨٣	٤
تقريراً فالتقرير	تفريراً فالتفرير	٢٨٤	٣
والمتمد	هو المعتمد	٢٨٤	٥
سكل	فسكل	٢٨٤	١٤
فأشبهها	فاشبهها	٢٨٦	٦
سبل	مسيل	٢٨٦	١٢
البقول وحكمه	البقول حكمه	٢٨٩	٥
بأجرة	أجرة	٢٨٩	٨
لاالفرد	لا يفرد بالبيع	٢٨٩	١٢
كان	كان كان	٢٩٠	٣
يظل	بطل	٢٩٠	٥
باء لم	بأن لم	٢٩١	١١
جنابة	جنا بة	٢٩٢	١٣
حنابته	جنا بته	٢٩٣	١
البؤرة	النورة	٢٩٤	١٦
افتصار	اقتصاراً	٢٩٤	١٦
إن	أن	٢٩٥	١٢
نبماً لها	تبعاً لها	٢٩٥	١٤
الربيع وجه	فى الربيع وقد خرج وجه	٢٩٦	١٢
والناءبر	والتأبير	٢٩٧	١٥

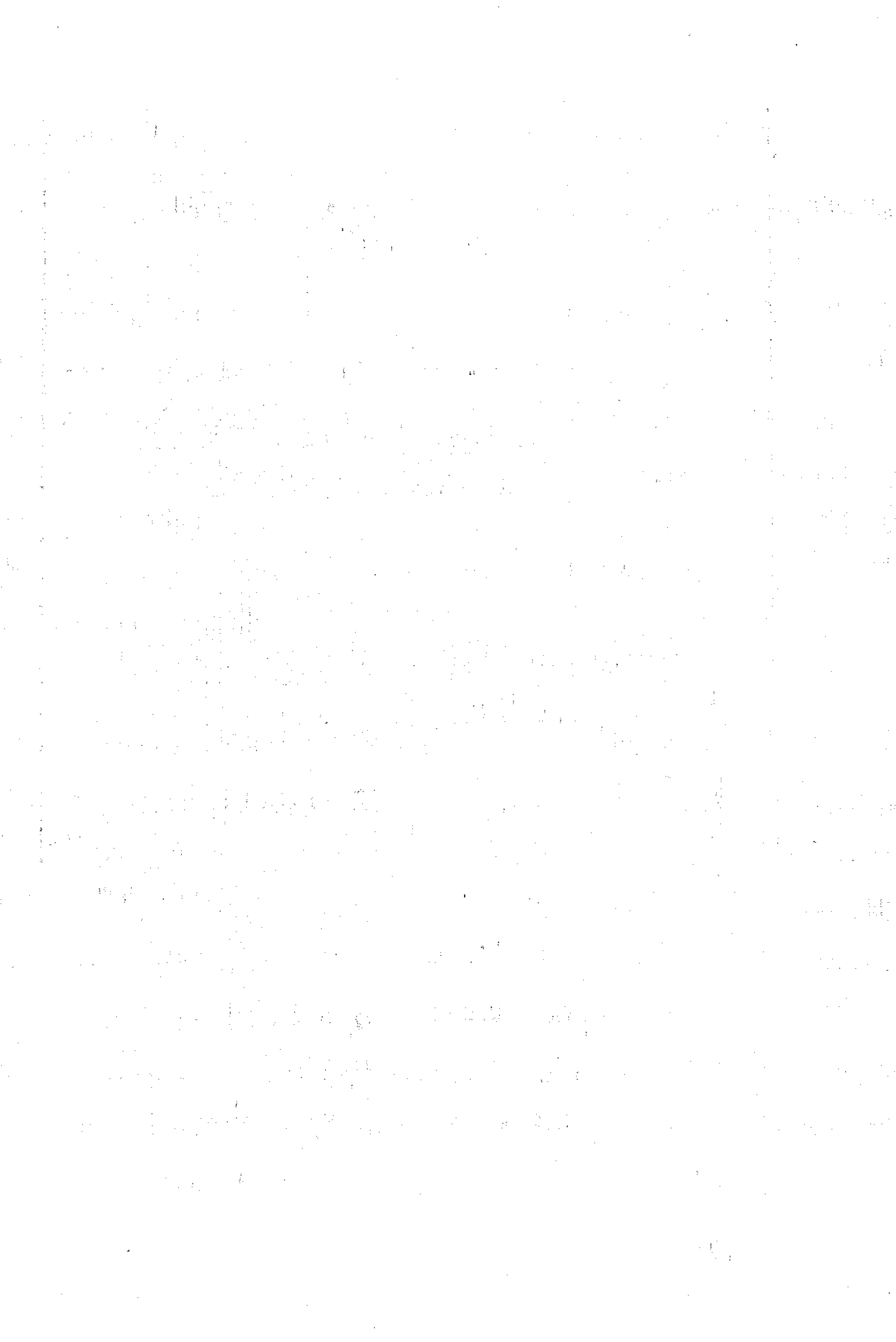
الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
حكم الشجر	حكم الثمر	٢٩٨	١
مضقة	مطلمة	٢٩٩	٨
وابس	وليس	٣٠١	١٦
لأمن	لامن	٣٠٢	١
المزروع	والزرع	٣٠٢	١٠
تنفية	تبقية	٣٠٣	٣
لأنسابه	لأنسان	٣٠٣	١٧
ثمر عن شجر	ثمره عن شجره	٣٠٤	٣
المزرع	الزرع	٣٠٤	١١
حتى حتى	حتى	٣٠٥	١١
الدبيل	السنبل فإنه	٣٠٥	١٣
	المادة ١٢٦ تنقل إلى أول السطر الثالث	٣٠٧	
ويسلم	ويسلم من	٣٠٧	٤
قبل	تحذف	٣٠٨	٤
جيماً	جماً	٣٠٨	١٥
تنيب	تعيب	٣٠٩	٧
هو	كما هو	٣١٠	٢
التمر	الثمر	٣١٠	٨
تمر	ثمر	٣١٠	١١
	مادة ١٣١ تنقل إلى أول السطر الرابع	٣١٢	١
تلاحقه ويندر	تلاحقه أو يندر	٣١٢	٢
المذكرة الإيضاحية	تنقل الى ما بعد السطر السادس	٣١٢	٣
الأجارة	الإجارة	٣١٢	٩

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
يزع	يزرع	٣١٤	١٠
إن	أن	٣١٥	١١
أ كلها	يأ كلها	٣١٥	١٣
الثــر	التمر	٣١٦	١٨
يكفى كل واحد	ويكفى	٣١٩	٧
بينه	بينة	٣٢٠	٩
أورضى أحدهما	وإن رضى أحدهما	٣٢١	١١
يعود	بعود	٣٢١	٢
الآخر ويجبر	أجبر الآخر	٣٢١	١٢
بالحصول	لحصول	٣٢١	٥
الفسخ	أثر الفسخ	٣٢٢	١
تامه	تابعة	٢٢٢	٩
برفع	يرفع	٣٢٢	١٠
كان كاتبه	كأن كاتبه	٣٢٣	٢
كان مات	كأن مات	٣٢٣	٢
عنهـا	عنـد	٣٢٣	٦
فجعله كالمستام	فجعله كالمقبوض	٣٢٣	١٦
مع الثانى بالرضا	مع الباقى	٣٢٣	١٧
إذا فسخ العقد وتعيب	وقد تعيب	٣٢٤	٣
الأرش مانقص	الأرش هنا : مانقص	٣٢٤	٥
والمعتبر في النقص عن قيمة العبـ	والمعتبر فى النقص عن قيمة يوم	٣٢٤	١٥
مع الآخر او ورثته	يحذف	٣٢٥	١
واختلاف	اختلاف	٣٢٥	٦

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
ووكيلهما	ووكيلهما ووليهما	٣٢٥	١٣
سقط سقط	سقط	٣٢٦	١٣
مادة ١٤١	تنقل إلى أول السطر الثامن	٣٢٨	
مستحقة	مستحقه	٣٣٤	٧
ولصحة تجاره	ولا تصح	٣٣٤	١٣
المذكرة الإيضاحية	تحذف	٣٣٥	١
بمؤنة	ومؤنة الرد	٣٣٥	٣
بأذنه	بإذنه	٣٣٥	١١
قبضة	قبضه	٣٣٥	١٣
حكم إذن السيد لعبده فى التجارة	تصرف العبد حسب إذن السيد	٣٣٦	١
إذا كان بالغاً رشيداً وإلا يكون	إذا كان بالغاً رشيداً بألا	٣٣٦	١٠
عن	عند	٣٣٩	١٦
البعد	العبد	٣٤٠	١٤
التزام	التزم	٣٤٠	١٥
برضاً مستحقة	برضا مستحقه	٣٤٢	١
ولاذمه	ولا بذمة	٣٤٢	٦
تعلقت	تعلق	٣٤٢	٧
برقبة	برقبة العبد	٣٤٢	١٠
فاء	فإن	٣٤٧	١
أؤمن	أومن	٣٤٧	٦
لأنه تعذر	لأنه لما تعذر	٣٤٨	٥
المفعة	المنفعة	٣٤٨	٦
وحق	ومضى	٣٤٨	٧

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
وبسلم	ويسلم	٣٤٨	١١
بفسخ عقد السلم	استرداد رأس المال عند الفسخ	٣٤٨	١٣
معرفه	معرفة	٣٤٩	١٥
فان	فإن	٣٤٩	١٦
يسلم	بسلم	٣٥١	٣
يتناقضان	يتناقضان . والثانى ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى	٣٥١	٥
كما ذكر	كما لو ذكر	٣٥٤	١١
اعتبر	اعتيد	٣٥٥	١١
اعتبر	اعتيد	٣٥٥	١٤
القزر	الغرر	٣٥٨	١١
والزراع	والذراع	٣٥٨	١٦
عليها	عليه	٣٥٨	١٨
لصحة المسلم	لصحة السلم	٣٥٩	٨
بالقيد	بالقيد الأول	٣٥٩	١١
وغاليه	وغالية	٣٥٩	١٣
الغالية	الغالية	٣٥٩	١٣
الخف	الخف	٣٥٩	١٤
ص ٨	ص ١٠٨	٣٥٩	١٦
الحرير	الحرير وغيره	٣٦٠	١٤
عقد	عند	٣٦٠	١٥
نذكر	تذكر	٣٦١	٤
المقصود	المعقود	٣٦١	٤

الخطأ	الصواب	صفحة	سطر
عزر	غرر	٣٦١	٩
يصبح	يصح	٣٦١	١٧
لا	لأن	٣٦١	١٨
النحاسية	النخاسين	٣٦٢	٢٠
صفته	وصفته	٣٦٣	١٦
سقط من الطباعة الآتى:	وفرق الأول بأن عظمها أكثر من لحمها عكس سائر الأعضاء	٣٦٣	
الافظ	الغلظ	٣٦٤	٢
المصبغ	الصبغ	٣٦٤	٨
استحقاق قبضهما	استحقاق قبض أحدالعوضين العوضين فى المجلس دون الآخر والصرف يقتضى استحقاق قبضهما	٣٦٥	١٥
الأعراض	الأغراض	٣٦٧	١٢
المشروط المشروط	المشروط	٣٦٨	٦



الفهرس

كتاب البيع

مواد المشروع

الباب الأول

فى الصحة والفساد

صفحة

الفصل الثانى

فى الجواز واللزوم

الباب الثالث

فى حكم المبيع قبل القبض وبعده، من حيث الضمان وعدمه

الباب الرابع
فى ألفاظ يتبعها غير مسمياتها لغة

الباب الخامس

الباب السادس

الباب السابع

القسم الثانى

كتاب البيع

شرح مواد المشروع

الباب الأول

الباب الثانى

فى الجواز واللزوم

صفحة

الباب الرابع

فى ألفاظ يتبعها غير مسمياتها لغة

الباب الخامس

صفحة

من شروط المسلم فيه : أن يكون معلوم المقدار —
انضباط أوصاف المسلم فيه ومعرفتها — جودة
المسلم فيه ورداءته — استبدال المسلم فيه —
إعطاء الأردأ أو الأجود من المشروط —
إحضار المسلم فيه المؤجل قبل وقت حلوله —
الأداء بعد المحل فى غير محل التسليم . . .